

L'Enregistrement des Concessions de Services Publics

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 12 Mars 1938, à 13 heures 30

PAR

Xavier CAILLIAU

JURY { *Président : M. HAMEL, professeur.*
Suffragants { MM. ROLLAND CASSIN } *professeurs.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^e

158-160, Rue Saint-Jacques

1938

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'Enregistrement des Concessions de Services Publics

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 12 Mars 1938, à 13 heures 30

PAR

Xavier CAILLIAU

JURY { *Président* : M. HAMEL, *professeur.*
 { *Suffragants* { MM. ROLLAND } *professeurs.*
 CASSIN }

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques

1938



INTRODUCTION

I. — *La notion de concession de Service Public*

Si l'Etat apparaît comme autre chose et beaucoup plus qu'un « ensemble de Services Publics » tel que le définissait M. le doyen Duguit, il n'en est pas moins vrai que sa principale fonction est d'assurer les services publics reconnus essentiels à une époque et dans un pays donnés. C'est d'ailleurs la seule raison d'être des Administrations locales.

Un service public est une entreprise émanant d'une personne publique, en vue de satisfaire à un besoin d'intérêt général. Peu importe l'objet du service public, il suffit que les gouvernants, pour l'Etat, les Administrateurs, pour les collectivités locales, aient eu présente à l'esprit l'idée de l'intérêt général, il suffit, et la ligne dominante de la jurisprudence est dans ce sens, que l'intérêt général apparaisse commander dans l'esprit des gouvernants, l'érection d'un nouveau service public, pour le justifier.

La souplesse des décisions du Conseil d'Etat se reconnaît aisément ici ; le début du siècle, surtout depuis l'après-guerre, a vu naître de nombreux et nouveaux services publics d'ordre économique, pour lesquels l'initiative privée est apparue défailante, sinon dans le passé, du moins dans l'avenir, à l'esprit des gouvernants. Les services de distribution d'eau, puis de lumière (gaz ou électricité) de transport ferroviaire puis routier, maritime, fluvial ou aérien ont fait leur apparition ; et depuis les décrets-lois

Poincaré, les services d'alimentation, ou de commerce deviennent des services publics. Les industries elles-mêmes commencent par payer tribut à l'idée du service public de même le crédit et les assurances. Dans une telle voie, la France et la Grande-Bretagne se sont encore bien peu avancées, en comparaison des pays totalitaires. Dans l'U.R.S.S. par exemple toute l'économie n'est qu'un complexe de services publics.

Parallèlement à cette évolution d'ordre public ou économique, une évolution juridique s'est faite : le Droit Administratif devient la règle juridique de ces entreprises et empiète de plus en plus sur le Droit Privé, qui ne régit plus les services publics que lorsqu'ils se conduisent en « personnes privées ». Les nouveaux services publics bénéficient ainsi de privilèges et de prérogatives qui correspondent à leur but, la satisfaction de l'intérêt général. La caractéristique du Droit Administratif est d'être inégalitaire, il vient d'abord renforcer les droits des entrepreneurs de services publics en face des usagers, et s'il augmente les droits des personnes publiques, il garantit très sérieusement les droits de l'entrepreneur.

La ligne générale de l'évolution de la notion de service public étant ainsi dessinée il importe de savoir de quels moyens, l'Administration dispose pour assurer le fonctionnement des Services Publics, et quelle est l'importance exacte de la concession.

La jurisprudence du Conseil d'Etat distingue, du point de vue du recours aux particuliers appelés à assurer le fonctionnement des Services Publics, et suivant le degré de leur collaboration *quatre catégories de contrats* :

Une première catégorie renferme les contrats qui ont pour objet d'assurer le fonctionnement d'un service public,

mais sans que le fournisseur soit associé, dans une mesure quelconque, à la gestion du service : ce sont les marchés courants du Droit Civil.

Une deuxième catégorie comprend les marchés de travaux ou de fournitures ayant pour objet des travaux ou des fournitures nécessaires à un Service Public, le fournisseur étant associé dans une mesure quelconque, si peu que ce soit, à la gestion du Service ; ici le marché établit des rapports précis et courants du fournisseur ou de ses agents, soit avec l'Administration, soit avec le public.

Le Conseil d'Etat range dans une troisième catégorie, c'est en réalité une sous-distinction de la deuxième, les fournitures ou les travaux continus, multiples, par opposition à la fourniture ou au travail isolé.

Le contrat de concession remplit la quatrième catégorie. Le degré de collaboration y est au maximum, puisque le service même est aux mains des particuliers, leur est délégué, quoique toujours l'Administration reste le « maître » de la concession, et garde la haute direction du service, par l'intermédiaire du cahier des charges et de son droit général d'intervention.

La définition suivante en fait apparaître les caractères essentiels ; la concession est « l'acte par lequel un particulier s'engage à assurer à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un service public moyennant une rémunération consistant normalement dans les profits qu'il tire de l'exploitation du service, généralement des taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usages du service ». (Blondeau « La concession de Service Public » thèse Grenoble, 1929, p. 54).

M. Jèze (« Les Principes Généraux du Droit Administratif » Le fonctionnement des Services Publics, 3^e éd., p. 342) donne une définition plus complexe du contrat de concession de Service Public en y distinguant cinq éléments :

- 1^o c'est un contrat administratif proprement dit.
- 2^o il a pour objet l'exploitation d'un service public.
- 3^o aux risques et périls du concessionnaire.

4^o la rémunération du concessionnaire consiste dans le droit qui lui est conféré de percevoir, à son profit sur les usagers, une redevance, fixée par un tarif pendant toute la durée de la concession.

5^o c'est un contrat de longue durée. Cette conception est sensiblement celle du doyen Hauriou et celle du c. g. Chardenet dans ses conclusions sous l'arrêt du Gaz de Bordeaux (C. E. 30 mars 1916).

De ces définitions, il ressort que le caractère de la concession de Service Public est complexe à deux points de vue :

Quant à son objet, car on y trouve les éléments du marché de fournitures et du travail public, voisinant avec l'élément nouveau, du service public à assurer ;

Quant à son économie financière ensuite, car la rémunération du concessionnaire n'est pas fixée, du moins numériquement, et tient à la valeur du monopole. D'ailleurs, la taxation des usagers n'est pas le seul mode de rémunération du concessionnaire, qui peut recevoir des subventions et être payé en retour de ses fournitures à la personne concédante ; il peut aussi verser des redevances qui diminuent d'autant ses rémunérations.

Ainsi peu à peu se forme la notion du « prix de la concession ». A ce sujet il convient de remarquer deux

autres caractères du contrat de concession de service public qui en rendront particulièrement difficile la taxation par l'Enregistrement : *le contrat est « sui generis »* c'est-à-dire qu'il est indivisible. La Chambre Civile de la Cour de Cassation dans des arrêts récents du 15 mars 1937 reconnaît que c'est un contrat « dont les différentes dispositions sont dépendantes les unes des autres et reliées entre elles par une corrélation nécessaire sans qu'on y puisse distinguer un marché de travaux et un marché de fournitures ».

Le contrat est *aussi commutatif*, et chacune des parties y stipule définitivement et à son profit des prérogatives particulières et réciproques, l'obligation de l'une ayant pour cause l'obligation corrélatrice de l'autre. Les conclusions du commissaire du gouvernement Léon Blum dans l'affaire jugée par le Conseil d'Etat le 11 mars 1910 (Compagnie Générale Française des Tramways) mettent bien ce caractère en valeur : « Il est dans l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible un équilibre entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées... Dans tout contrat de concession, est aussi impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui. Et ce calcul d'équivalence est essentiel au contrat... »

Le contrat de concession de service public est donc d'une nature particulière, indivisible, du moins quant au service public auquel il répond. Il a pour objet de procurer aux usagers les bienfaits du service, l'eau, la lumière, ou les facilités de transport, pour prendre des exemples. Et pour cette obligation, un prix existe qui consiste dans la somme des avantages accordés au concessionnaire par les autorités concédantes.

Nous n'examinerons dans cette étude que les concessions de service public, proprement dites, d'eau, de gaz et d'électricité principalement. Les difficultés avec l'Enregistrement ne se retrouvent pas avec les concessions des chemins de fer, du fait que les droits des concessionnaires sont parfaitement définis. Les conclusions des espèces qui seront envisagées pourront s'appliquer également aux concessions de transport routier, encore à leur naissance. Le mot « concession » n'aura ici qu'un sens absolument restreint aux concessions de Service Public, et exclura en conséquence les concessions de prises d'eau, les concessions dans les cimetières, ou les concessions coloniales, qui ne sont pas à proprement parler d'intérêt général, et qui se rapprochent des baux, au tarif desquels elles sont taxées en général.

II. — *L'Enregistrement du contrat de concession d'un Service Public*

A aucun endroit, le Code de l'Enregistrement ne parle expressément de l'application des droits d'enregistrement au contrat de concession. Néanmoins, et sans justification juridique rigoureuse, le droit de marché, droit proportionnel de 1,50 %, qui frappait les marchés entre particuliers et les marchés administratifs (Code Enregistrement, art. 399 et 398) a été étendu aux contrats de concession.

La thèse de l'Administration est la suivante : le contrat de concession contient un marché, en général de fournitures, ou de travaux ou même des deux. Tel semble être le cas d'un contrat de concession d'un service de distribution d'énergie électrique, stipulant, en retour du monopole et du droit commercial d'exploitation, des fournitures

à faire aux Services Publics communaux, l'éclairage des rues et des bâtiments municipaux par exemple, et des travaux divers à exécuter dans ce but, pouvant aller jusqu'à l'établissement complet du réseau. Si l'on fait abstraction du service public à assurer, de la lumière à donner aux particuliers, on peut considérer le contrat d'abord comme un simple marché de fournitures, tel que la collectivité concédante aurait pu en passer avec tel particulier, non concessionnaire. De même un marché de travaux publics peut être mis à jour dans le contrat de concession, et taxé au droit du marché, à l'instar des marchés de travaux ordinaires. Ainsi en l'absence de règle légale s'appliquant au contrat de concession, l'Administration de l'Enregistrement a procédé par analogie en appliquant le droit de marché au contrat de concession, *sur le prix des marchés qui pouvaient être décelés en elle*. Certes, il n'y avait pas illégalité à agir ainsi, et s'il est une règle communément admise en Enregistrement, c'est le droit que prend l'Administration de rechercher l'élément juridique véritable d'un contrat, et d'y appliquer par analogie le droit qui lui convient le mieux. Dans le contrat de concession l'Administration de l'Enregistrement a d'abord vu un marché, elle a restreint le contrat, c'était son droit. Comme nous l'avons vu, la concession de service public tient à la fois du marché de fournitures et du marché ou de la concession de travaux publics. La jurisprudence a suivi dès la fin du siècle dernier l'Administration dans ce sens : par un arrêt du 31 juillet 1882 (D. 1884.1.245) la Cour de Cassation a admis la taxation au droit de marché. De même cf.

Lille, 24 novembre 1882. J. E. 22.182

Mirande, 11 décembre 1913. R. P. 13.166

Telle fut la première étape.

La taxation restait fort incomplète, en dépit de la taxation parallèle aux droits appropriés des dispositions « indépendantes » de la concession et où il était aisé de reconnaître une vente immobilière ou mobilière, un bail, un cautionnement.

L'Enregistrement et la jurisprudence, — celle-ci souvent précédant l'Administration — élargirent la notion première du marché ; il ne s'agira plus d'un marché de fournitures ou de travaux, dans lequel on taxait l'enrichissement de la Commune, en calculant ce dont elle profitait ; mais le « marché » signé, va comprendre aussi le service public, et le prix de la concession sera recherché ; si le concessionnaire était taxé auparavant sur ce qu'il livrait à la commune, en échange du prix, il le sera désormais et de plus en plus, sur la valeur de son monopole, sur sa rémunération, tant directe — par le prix à lui payé — qu'indirecte par le monopole qu'il exploite, et les droits qui lui ont été conférés.

La notion du marché s'est élargie, et s'est appliquée au « prix de la concession ».

Nous ne critiquons pas cette nouvelle extension, nous constatons simplement qu'il y a eu « léger forçement » pour appliquer à la concession un droit proportionnel qui ne lui convenait que très imparfaitement.

L'idée d'ailleurs du « marché de concession » est séduisante ; nous la voyons soutenue successivement, par Batbie (*Droit Public et Administratif*, 2^e éd., tome 7, n^o 242, note 2), Aucoc (*Conférence sur le Droit Administratif*, tome II, n^o 615) et Laferrière qui définit parfaitement le prix de la concession : « La rémunération du concessionnaire ne consiste pas en effet dans un prix déterminé, mais dans le droit qui lui est concédé de percevoir

une redevance sur ceux qui usent de l'ouvrage ou du service public ». (Traité de la Juridiction Administrative et des recours contentieux, tome 1, page 550). La taxation se rapproche ainsi davantage du caractère de la concession, contrat « sui generis ».

Le contrat de concession se trouve donc soumis d'abord au droit de marché, et suivant les deux acceptions successives qu'on a entendu lui donner ; il se trouve ensuite soumis sur les différents actes juridiques qu'il contient, en raison même de l'indépendance de ces dispositions, à des droits particuliers de bail, de vente, de cautionnement, etc...

Dans le cours de l'exploitation du Service Public, de même qu'en fin de concession l'Enregistrement pourra également intervenir ; c'est le cas par exemple des cessions de concessions, des suppléments de droits à réclamer, ou des restitutions à faire.

La taxation des concessions par l'Enregistrement est fort complexe et discutable, en raison même de l'imperfection du droit de marché et de la tendance qu'à eue l'Administration, à dissocier au maximum le contrat, afin de le mieux taxer.

III. — *Caractère général des difficultés des concessionnaires de services publics avec l'Enregistrement*

Quelle que soit la difficulté d'application du droit de marché au contrat de concession, les litiges entre les concessionnaires et l'Administration de l'Enregistrement, naissent moins à cette occasion, encore qu'il y en ait un assez grand nombre, qu'à l'occasion de l'opération de dissociation qui est faite par l'Administration fiscale pour saisir et

taxer à d'autres droits particuliers, les dispositions du contrat de concession.

C'est ainsi que la théorie d'Enregistrement, dite « Théorie des dispositions dépendantes et indépendantes », qui ne permet la taxation à un droit spécial des dispositions secondaires d'un acte juridique, que si elles sont réellement indépendantes, ne semble pas toujours respectée.

La raison en vient principalement de ce que la nature juridique exacte du contrat de concession n'a pu être définie avec satisfaction.

Non seulement l'Administration perd souvent de vue le caractère global, et vraiment *un* du contrat de concession, en le décomposant en dispositions indépendantes les unes des autres, mais encore elle interprète souvent à tort, de même que la jurisprudence, les droits respectifs du concessionnaire et de la collectivité concédante, sur les objets mêmes de la concession, les installations diverses. C'est le mérite de livres récents comme celui de M. Philippe Comte (Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de Service Public) ou de M. Blondeau (déjà cité page 7, *in fine*) d'avoir mis l'accent sur le caractère de service public de l'exploitation concédée. Ces auteurs n'attribuent aux concessionnaires que des droits mobiliers sur les immeubles de la concession, la collectivité concédante étant dépositaire de la quasi-totalité des droits immobiliers dès l'origine de la concession.

L'évolution de la doctrine et de la jurisprudence, tant civile qu'administrative, paraît être engagée dans ce sens. Les droits des concessionnaires seraient simplement mobiliers, et comme tels taxés à un droit inférieur.

Cela est conforme à la logique juridique qui ne peut voir de droit immobiliers accordés sur des biens affectés à un service public, et à l'intérêt fiscal des concessionnaires.

Dans sa thèse soutenue à Toulouse, en 1914, M. Rigaud parle de droits réels administratifs, pour qualifier les droits du concessionnaire. Considérons ces termes comme un essai de définition plus exacte, ou un peu moins inexacte, de leur nature juridique, désormais dégagée de l'entrave que constituent, pour le Droit Administratif, les expressions du Droit Civil.

Si l'intérêt d'une exacte compréhension du « Tout » juridique que forme la concession se manifeste surtout pour combattre la taxation des dispositions secondaires du contrat, l'intérêt d'une définition précise des droits du concessionnaire se rapporte à la taxation des cessions de concession, ou des reprises en fin de concession.

Sur le premier point, nous examinerons tout spécialement, la question des redevances pour occupation du domaine public soumises à enregistrement.

Notre étude envisagera principalement les difficultés de taxation qui s'élèvent entre les concessionnaires des services publics et l'Administration de l'Enregistrement. Pour plus de clarté, nous distinguerons les rapports qu'auront les concessionnaires avec l'Enregistrement, au moment de la signature du contrat, et les taxations auxquelles ils pourront être soumis en cours de concession, ou en fin de concession, de même que les restitutions auxquelles ils sont en droit de prétendre.

Cette thèse comprendra donc, deux parties principales:

Première partie : le contrat de concession et les droits perçus sur l'acte.

Deuxième partie : les modifications apportées à l'économie du contrat en cours de concession.

L'intérêt de cette étude est double :

Il est d'ordre juridique et scientifique, car souvent les difficultés les plus courantes, ou les plus mesquines se trouvent mettre en jeu de nombreux principes d'Enregistrement : citons la théorie des dispositions dépendantes et indépendantes, celle de la non-restitution des droits, celle des conditions, entre autres. De nombreux litiges, sinon tous, se rapportent au Droit Administratif, à la formation duquel ils peuvent opposer leur contribution ; enfin les questions de droit privé elles-mêmes relatives par exemple à la détermination mobilière ou immobilière de certaines installations, ne seront pas ignorées.

L'autre intérêt de cette étude est essentiellement pratique, et a trait aux charges fiscales incombant aux concessionnaires. Les rapports de ceux-ci avec l'Administration de l'Enregistrement roulent en général sur de très gros chiffres, et il importe avant tout, et pour le meilleur fonctionnement des services publics, que la justice et la loi soient respectées, en ce domaine comme en d'autres, surtout à un moment où la lourde inertie des droits d'Enregistrement vient aggraver le bouleversement de l'économie des concessions, tant par le fait du concédant que par celui du « prince ».

PREMIÈRE PARTIE

LE CONTRAT DE CONCESSION ET LES DROITS PERÇUS SUR L'ACTE

Il y aura lieu de percevoir le droit de marché sur le prix exprimé, ou sur l'évaluation des fournitures ou des travaux, qui en tient lieu. D'autres droits pourront être perçus accessoirement sur les clauses indépendantes du contrat.



TITRE I

L'application du droit de marché

CHAPITRE I

Le droit de marché en général et son application aux concessions

Le droit proportionnel de marché comme tout droit d'enregistrement, est un impôt : comme tel il frappe une matière imposable, il a un tarif, et son tarif s'applique à la matière imposable suivant certaines règles d'assiette, qu'il importe de bien dégager.

SECTION I. — *MATIERE IMPOSABLE*

Les droits d'enregistrement en général frappent tantôt les actes tantôt les mutations ; le mot « acte » ici a un sens très précis, il est la traduction du latin « instrumentum » qui signifie le titre, l'écrit qui constate un fait ou une opération juridique. Le fait générateur du droit d'enregistrement est cependant unique, c'est l'opération ou le fait juridique qui est taxé d'après une jurisprudence constante de la Cour de Cassation remontant à 1878. Toutefois, le fait juridique sera frappé soit en vertu de son existence propre, soit en vertu de sa constatation dans un acte. C'est

la distinction des droits de mutation et des droits d'actes. A la différence du droit de vente mobilière ou immobilière qui est un droit de mutation, le droit de marché frappe l'acte. C'est à l'occasion du titre ou de « l'acte » que le droit de marché va s'appliquer; la conséquence vient d'elle-même : il ne pourra y avoir de perception du droit de marché, sans acte émis. Si les actes des autorités administratives sont normalement exempts d'enregistrement, en vertu de la loi du 15 mai 1818, reproduit par l'art. 508 alinéa 1, du Code d'Enregistrement, le même article du Code pose en exception à la règle, que tous les actes des autorités administratives quels qu'en soient l'objet et la classification ayant en vue les *intérêts particuliers des départements*, communes et Etablissements Publics, sont soumis à l'Enregistrement. En fait seuls sont dispensés les actes des représentants de l'Administration, agissant comme délégué du Pouvoir Exécutif. L'art. 78 de la loi du 15 mai 1818, maintenait l'enregistrement pour « les actes portant transmission de propriété, d'usufruit ou de jouissance, les adjudications ou marchés de toute nature, aux enchères, au rabais ou sur soumission, et les cautionnements relatifs à ces actes ».

L'énumération était limitative, elle est reprise par l'article 508 du Code de l'Enregistrement qui y a ajouté les actes d'affectation hypothécaire passés en la forme administrative d'après l'art. 25 de la loi du 5 août 1920, sur le crédit mutuel et la coopération agricole.

Un délai de rigueur est fixé pour l'enregistrement de ces actes administratifs par les art. 83 et 84 du Code de l'Enregistrement : il est de 20 jours.

Pour défaut d'enregistrement dans ces délais, au titre VI du Code, les art. 148, 149 et 150 fixent les peines s'éle-

vant à un droit en sus, qui s'ajoute au droit primitif en le doublant ; le paiement de ce droit en sus est dû par les secrétaires des administrations centrales ou municipales ou, à défaut de production des pièces dans les délais, par les particuliers responsables signataires dans l'acte.

La mention expresse du droit proportionnel de marché est faite dans les articles 398, 399 et 400 du Code d'Enregistrement en son titre XI. L'art. 398 assujettit au droit de marché :

1° Les adjudications au rabais et marchés pour constructions, réparations, entretien, approvisionnements et fournitures dont le prix doit être payé directement par le Trésor Public.

2° Les adjudications et marchés de même nature dont le prix doit être payé par les administrations locales ou par des établissements publics.

L'art 400 se rapporte aux adjudications des marchés « passés en France par une autorité administrative pour le compte des colonies ou des pays de protectorat, et dont le prix doit être payé par les budgets locaux ». Pour les actes passés hors de France, ils bénéficient à la condition que l'enregistrement n'ait pas été établi dans la colonie, de l'exemption de l'art. 101 et ne doivent être enregistrés que s'il en est fait usage en France, ou s'ils sont présentés à la formalité.

Quant à l'art. 399, il établit un droit de marché, pour les marchés entre particuliers « qui ne contiennent ni vente, ni promesse de livrer des marchandises, denrées ou autres objets mobiliers ».

Cette distinction entre le marché-louage et le marché-vente, ne se retrouve pas dans les marchés administratifs qui ne sauraient donner lieu au droit de vente que lors-

qu'ils contiennent, non un engagement de livrer, mais une vente ferme et actuelle. Un arrêt de jurisprudence rappelé au J. E. à la rubrique 17.491, a appliqué le droit de vente et non le droit de marché à l'achat d'une cloche par un Maire, cloche qui lui avait été immédiatement livrée à un prix déterminé. La question ne se pose pas dans les contrats de concession, où l'obligation de livrer des fournitures a le caractère d'un marché véritable, dont l'objet n'est pas immédiatement livré ; il semble d'ailleurs plus juste de ne pas admettre la distinction qui est faite pour les marchés entre particuliers, et de faire bénéficier ainsi l'Administration d'un tarif de faveur au droit de marché.

Se trouvent donc ainsi expressément taxés, les marchés de l'Etat des collectivités locales et établissements publics, et les marchés des colonies et pays de protectorat passés en France et pour leur compte, par une autorité administrative.

La notion du marché doit encore être bien définie.

Si, lorsque l'administration centrale ou locale, paie le prix d'un marché, il importe peu que le marché se rapproche d'une vente mobilière, et n'ait plus le caractère d'un marché-louage qu'il doit avoir entre particuliers, il n'en est pas de même lorsque l'Administration reçoit le prix du marché, qu'elle livre des fournitures ou du travail à des particuliers ; à juste titre alors la distinction s'applique : l'Administration est considérée comme n'agissant plus dans l'intérêt général, elle est censée traiter d'égal à égal avec les particuliers, comme eux elle doit payer tribut à l'enregistrement pour les marchés des fournitures qu'elle s'engage à livrer au tarif du droit de vente mobilière.

Le marché doit encore être distingué du bail. Le bail est une opération juridique d'après laquelle le détenteur

d'un bien, meuble ou immeuble, en concède la jouissance pendant un temps déterminé ; le bail comporte une attribution nouvelle de possession, c'est un *louage de choses*.

Le marché, au contraire, est un engagement de faire ou de livrer, c'est un *louage d'industrie* avec ceci de particulier, qu'il laisse au fournisseur sa liberté, et lui accorde un délai pour ses fournitures ou ses travaux. La distinction sera aisée à faire entre le bail et le marché, selon que le contrat aura pour but une location de biens ou une location de services ou d'industrie. Suivant l'existence et l'importance du facteur personnel, le contrat aura le caractère d'un bail ou d'un marché.

En ce qui concerne les services publics ayant fait l'objet d'un affermage, la jurisprudence se refuse à assimiler à des baux à loyer la « mise en ferme » d'un service.

Le droit de marché reste applicable en conséquence. Un arrêt de la Cour de Toulouse du 19 février 1919 au Sirey de 1922 (11.89) avec une note de M. Mestre (cf. infra...) à propos de l'exploitation d'une source thermale moyennant paiement d'une redevance est dans ce sens. Est-ce là véritablement un service public ?

La notion en paraît bien élargie. Si l'on admet l'existence du service public, il s'agit véritablement d'une substitution d'un particulier à l'Administration pour l'exécution du service public, d'un « louage d'industrie ».

Il reste à signaler pour mémoire, qu'un certain nombre de marchés administratifs sont exemptés du droit de marché ; leur liste figure au Code de l'Enregistrement (art. 553, 569, 617).

D'autres marchés administratifs plus nombreux sont enregistrés au régime fiscal des actes de commerce, c'est-à-dire au droit fixe : leur simple existence dans un contrat de

concession entraînerait la perception du simple droit fixe, et il ne saurait être question d'envisager le prix global du « marché de concession » pour appliquer le droit de marché dont normalement de tels contrats seraient exemptés. Le droit fixe qui a été porté depuis le Décret du 8 juillet 1937 de 22 fr. 50 à 30 francs se rapporte :

1° aux conventions et cahiers des charges relatifs aux *voies ferrées* d'intérêt local (art. 327-18°).

2° aux actes de concessions prévus au titre II de la loi du 16 octobre 1919, relatifs à l'utilisation de l'énergie électrique, ainsi qu'aux cahiers des charges annexés, de même qu'aux actes et cahiers des charges relatifs aux concessions de lignes de transport d'énergie électrique ne comportant que des tarifs de péage (art. 327-29° et 30°).

3° aux conventions et cahiers des charges ayant pour objet de faire passer sous le régime de la concession, par un accord entre l'autorité concédante compétente et le permissionnaire dans les conditions prévues par l'art. 10 de la loi du 27 février 1925, les *distributions d'énergie électrique* établies en vertu de permissions antérieures à la promulgation de ladite loi (art. 327-31°).

4° aux marchés passés par les syndicats de communes créés dans les conditions déterminées par la loi du 22 mars 1890 et ayant pour objet exclusif la gestion des *Services Publics de Transports par voitures automobiles* subventionnés par l'Etat ou les départements (art. 329-1°).

5° aux marchés de *construction de lignes électriques* ou de *fourniture de courant électrique* passés par les communes ou syndicats de communes qui exploitent en régie des entreprises de distribution d'énergie électrique passibles de l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux (art. 329-2°).

6° aux marchés passés par l'Office National de l'Azote, et par les mines domaniales de potasse d'Alsace avec leurs entrepreneurs ou leurs fournisseurs (art. 329-3°).

SECTION 2. — LE FAIT GÉNÉRATEUR

A ces exceptions près, tous les marchés administratifs sont taxés au droit proportionnel dont le caractère essentiel en l'espèce est d'être un *droit d'acte*. En effet, une condition « sine qua non » doit être remplie, à savoir l'existence d'un écrit ; c'est au vu du titre même du contrat que le droit de marché sera payé ; le titre doit alors présenter un double caractère : avoir été dressé en minute (c'est la minute qui est enregistrée), et permettre la délivrance d'expéditions.

En dehors de ce contrat principal, et signé des deux parties, le droit de marché ne peut être perçu ; c'est de règle constante en doctrine comme en jurisprudence. Les soumissions annexées dans les adjudications ne sont pas soumises à l'enregistrement, pas plus que les pièces justificatives ; seules les procurations restent soumises à l'enregistrement, au droit fixe de 30 francs (art. 327-54°).

Les mémoires dressés ne sont pas soumis à la formalité.

L'enregistrement du marché se fera même après l'exécution du marché, au cas où l'acte serait rédigé postérieurement.

Cependant, il serait trop aisé pour les parties d'esquiver l'enregistrement de leur marché, en retardant au maximum la passation du contrat, ou en l'évitant si possible, et c'est pourquoi, la règle stricte de la perception sur l'acte a dû plier en faveur de l'Administration de l'Enregistrement.

La jurisprudence a admis que les éléments du marché pouvaient être retrouvés par l'Enregistrement, par la combinaison d'une réunion d'actes (au sens d'*instrumentum*) d'où l'opération complète de marché ressortirait.

Sans difficulté, la doctrine admit cette thèse qui fait une brèche dans la théorie trop stricte de la taxation de l'acte, mais qui la respecte en se rapportant toujours à des actes écrits. C'est le cas où une soumission a été acceptée (un simple visa suffit) ; et ce qui nous intéresse davantage, c'est aussi le cas d'une promesse de vente d'installation électrique émanant d'un concessionnaire, complétant un contrat de concession préexistant, qui ne parlait pas de travaux à exécuter pour le compte de la collectivité concédante. Le contrat a été formé, grâce à la juxtaposition des deux actes. De même pour des marchés entre collectivités, la juxtaposition de délibérations suffira. En bref l'Administration dispose de toutes preuves compatibles avec l'économie de la loi fiscale, pour établir l'existence de la convention.

Toutefois, la jurisprudence n'a pu suivre l'administration fiscale jusqu'où celle-ci voulait aller. Pour l'Enregistrement, les actes d'exécution de la part du fournisseur ou du concessionnaire constituent un élément suffisant pour prouver l'acceptation de la personne publique concédante, si l'offre est prouvée par ailleurs.

La jurisprudence ne l'admet pas et s'en tient au seul mode de preuve par des *actes juridiques écrits* ; mais, là encore, des brèches ont été ouvertes, et il est reconnu aujourd'hui par les tribunaux que certains actes d'exécution peuvent former titre, si ces actes contiennent les éléments essentiels de la convention.

Par exemple : Un procès-verbal de cubage et de métrage pourra prouver une concession de mines ; une affectation hypothécaire, comme cela s'est vu en fait, pourra prouver le marché de travaux publics conclu en vue de la construction d'une église ; de même encore des arrêtés de comptes dans la comptabilité administrative, au profit du fournisseur ou du concessionnaire.

Telle est la théorie générale du fait générateur en matière de droit proportionnel de marché.

SECTION 3. — *LE TARIF*

Le tarif du droit de marché est de 1 fr. 50 %, que le prix soit payable par l'Etat, les collectivités locales ou les établissements publics (art. 398) ; il a été unifié en 1934, et est ainsi, pour tous les marchés administratifs, au même taux que pour les marchés conclus entre particuliers (art. 399) ; il était auparavant, pour les marchés dont le prix était payable par le Trésor Public de 1 % avec un double décime, soit : 1,20 %.

Pour les marchés passés en France par une autorité administrative, pour le compte des colonies ou pays de protectorat, et dont le prix doit être payé par les budgets locaux, le tarif est de 0,40 %.

L'application du tarif est subordonnée à l'époque de l'existence de l'acte juridique ; en ce sens, les droits d'Enregistrement ne sont pas rétroactifs, et le tarif des suppléments de droits ou des restitutions, doit être le même que celui du droit existant au moment de la naissance du contrat. Toutefois, et ici il y a un tempérament à la non-rétroactivité, l'existence du fait juridique peut être reculé, dans l'esprit de la loi, jusqu'au jour de l'usage en justice

de l'acte, lorsque le contrat et l'acte qui le contient ne sont pas enregistrés obligatoirement, ce qui n'a lieu que pour les contrats passés hors de France par les colonies ou pays de protectorat.

SECTION 4. — ASSIETTE

Si la matière imposable au droit de marché est le marché en général, il est aisé de voir combien facilement l'élément marché a pu être retrouvé dans la concession de service public, pour appliquer à ce contrat le droit de 1,50 %. Nulle part, le Code de l'Enregistrement ne mentionne expressément que les concessions seront taxées au droit de marché, il ne parle que de « marchés de toute nature » (art. 398) ou de « marchés et traités » (art. 23). La doctrine donne à ces expressions le sens de « marchés conclus dans l'intérêt particulier des collectivités » (Dublneau, Traité d'Enregistrement « Marchés administratifs ») et y fait rentrer tout naturellement les concessions. C'est surtout à vrai dire, la considération de l'élément « marché » dans la concession qui a justifié la taxation au droit proportionnel.

En effet, la concession de Service Public contient la plupart du temps une obligation pour le concessionnaire de fournir du courant électrique par exemple, aux établissements communaux, ou d'assurer l'éclairage public ; de même pour un concessionnaire de gaz, qui devait assurer, surtout autrefois, l'éclairage des bâtiments communaux ou des rues ; de même encore le transporteur, qui s'engage à transporter gratuitement les agents de la collectivité, la police municipale entr'autres.

Ce sont là des fournitures véritables dont la contrepartie, à s'en tenir à ce sens strict, peut être facilement éva-

luée en calculant ce que cela coûte au concessionnaire, à défaut de prix exprimé dans le contrat. Il est naturel de considérer que l'Administration concédante a calculé au plus juste, sur le prix de revient, les fournitures qu'elle demande au concessionnaire, afin d'avoir le maximum de fournitures gratuites ou à bas prix.

Le reste de l'avantage accordé au concessionnaire — sa rémunération en regard de ses fournitures — lui étant repris par une redevance en argent, au besoin.

Egalement, la concession de Service Public constitue très fréquemment un marché de travaux publics. Ce sera par exemple, pour une concession de distribution d'eau, l'établissement des canalisations desservant les rues de la ville concédante. Les clauses de retour à la ville en fin de concession importent peu, d'ailleurs quant à la nature du travail exécuté, la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante pour attribuer à des travaux faits, en vue d'un Service Public, le caractère de travaux publics.

De pareils marchés sont taxés au droit proportionnel.

A ce même droit de 1,50 % est taxée la concession de travaux publics, très voisine, quoique bien différente de la concession de service public ; la première comprend à la fois un contrat d'exécution de travaux publics, et une concession d'exploitation pendant un certain nombre d'années qui rémunère le concessionnaire par la perception de taxes sur les usagers.

Or, la méthode de taxation au droit de marché, est ici du plus haut intérêt, et pourra servir d'argument d'analogie pour combattre la taxation réelle des concessions : la jurisprudence est formelle, les droits s'appliquent seulement sur la valeur des travaux à effectuer, et non sur la rémunération du concessionnaire.

Selon le mot de Dublineau, dans son *Traité d'Enregistrement*, c'est « *l'enrichissement de la Commune* » qui est taxé.

En toute légalité, le droit de marché est ici appliqué : l'Administration fiscale part des choses — ici des travaux — pour déterminer leur valeur exacte.

Il est évident que le concédant aura tout fait pour s'assurer le contrat au plus juste, car jusqu'à plus ample informé, les Administrations comme les particuliers n'agissent pas à l'encontre de leur intérêt direct.

Il est évident aussi que la rémunération du concessionnaire de travaux publics est aléatoire, et qu'elle représente un risque à courir sinon en totalité, du moins en partie. Chercher à l'évaluer exactement est chose impossible, et fera peser souvent sur les concessionnaires une injustice flagrante ; *l'Enregistrement ne s'en tient d'ailleurs, en matière de travaux publics concédés, qu'à l'estimation des travaux entrepris.*

Pourquoi agit-elle différemment en matière de concession ?

L'absence de logique, tant de la part de l'Administration fiscale que des Tribunaux est ici rigoureuse. Elle a d'ailleurs été suffisamment ressentie, pour qu'une nouvelle notion du « prix du marché » se fasse jouer.

Pour les marchés ordinaires, l'art. 23 du Code de l'Enregistrement sur la détermination des valeurs d'assiette en général renvoie en l'espèce à l'art. 35 ainsi libellé :

« Pour les marchés et traités, la valeur visée à l'art. 23 est déterminée par le prix exprimé ou l'évaluation qui sera faite des objets qui en seront susceptibles ».

Le Code parle d'évaluation d'objets, et cela pour des traités, disons, pour des concessions, puisqu'on leur appli-

que l'art. 35. Il conviendrait donc de déterminer, ce qui, dans la concession, constitue le marché, à savoir les fournitures et les travaux effectués pour le compte du concédant. Serait ainsi taxé, l'enrichissement de la commune.

Mais l'Administration fiscale a fait admettre une autre thèse, suivie d'ailleurs avec beaucoup de timidité d'abord, puis ouvertement par la jurisprudence, d'après laquelle le monopole lui-même serait susceptible d'estimation, comme faisant l'objet du marché.

Il ne s'agit plus du prix du marché, mais du prix du traité, du « *prix de la concession* » envisagée dans son ensemble (Cass. Civ. 15 mars 1937, Société dite « Secteur Electrique de la Briè » J. E. 35.301; Recueil notarial Civil des Juris-Classeurs du 20 juin 1937).

Nous ne nions pas que le véritable prix du traité soit supérieur au prix du marché inclus dans la concession, car, outre la charge de fournir et de construire, le concessionnaire assure l'obligation lourde et rigoureuse de faire fonctionner le service public. Mais, réserve faite de la difficulté de l'évaluation, et de ses inconvénients pratiques, nous nous refusons à admettre que cette extension du prix du marché soit conforme à l'art. 35 qui envisage l'évaluation d'objets ce qui ne comprend pas des valeurs incorporelles. L'article ajoute même « des objets qui en seront susceptibles (d'évaluation) ».

Rien n'est moins susceptible d'évaluation qu'un monopole non encore exploité.

A vrai dire peu d'auteurs ont pris position sur cette question. Outre l'intérêt primordial qu'elle présente pour les concessionnaires, elle a également un intérêt juridique, nous dirions presque aussi économique.

Rappelons la définition de M. Maguero, dans son dictionnaire de l'Enregistrement : « Le prix d'un marché en général s'entend de tout ce que le fournisseur ou l'entrepreneur stipule en retour de ses fournitures ou travaux ». Cette définition a le mérite de placer la thèse de l'Administration sur un terrain solide : elle taxe la *rémunération du concessionnaire*, en non pas l'enrichissement de la commune, comme le faisait M. Dublincou, seulement en matière de Travaux Publics d'ailleurs ; les positions sont donc très nettes.

Afin de ne pas contredire le Code, des auteurs ou des tribunaux prenant au mot les conclusions de M. Léon Blum, commissaire du gouvernement dans l'affaire de la Compagnie Générale Française des Tramways (Conseil d'Etat 1910, cf. p. 9) parlant d'une équivalence des prestations dans le contrat de concession, ont prétendu reporter sur l'évaluation des « objets » de la concession une certaine valeur du monopole.

En vérité, c'est jouer avec les mots, et c'est attribuer à des fournitures, ou à des immeubles une valeur qu'ils n'ont jamais eue et qu'ils n'auront jamais. La netteté et la légalité sont plus nécessaires en droit que partout ailleurs.

Si le prix du marché, quel que soit l'acception entendue pour ce terme, est l'élément essentiel qui sert de base à l'assiette du droit de 1,50 %, il n'en est pas le seul et un autre élément doit intervenir qui est la durée de la concession. Le prix annuel des fournitures est multiplié par le nombre d'années à courir et ajouté au prix des installations à établir.

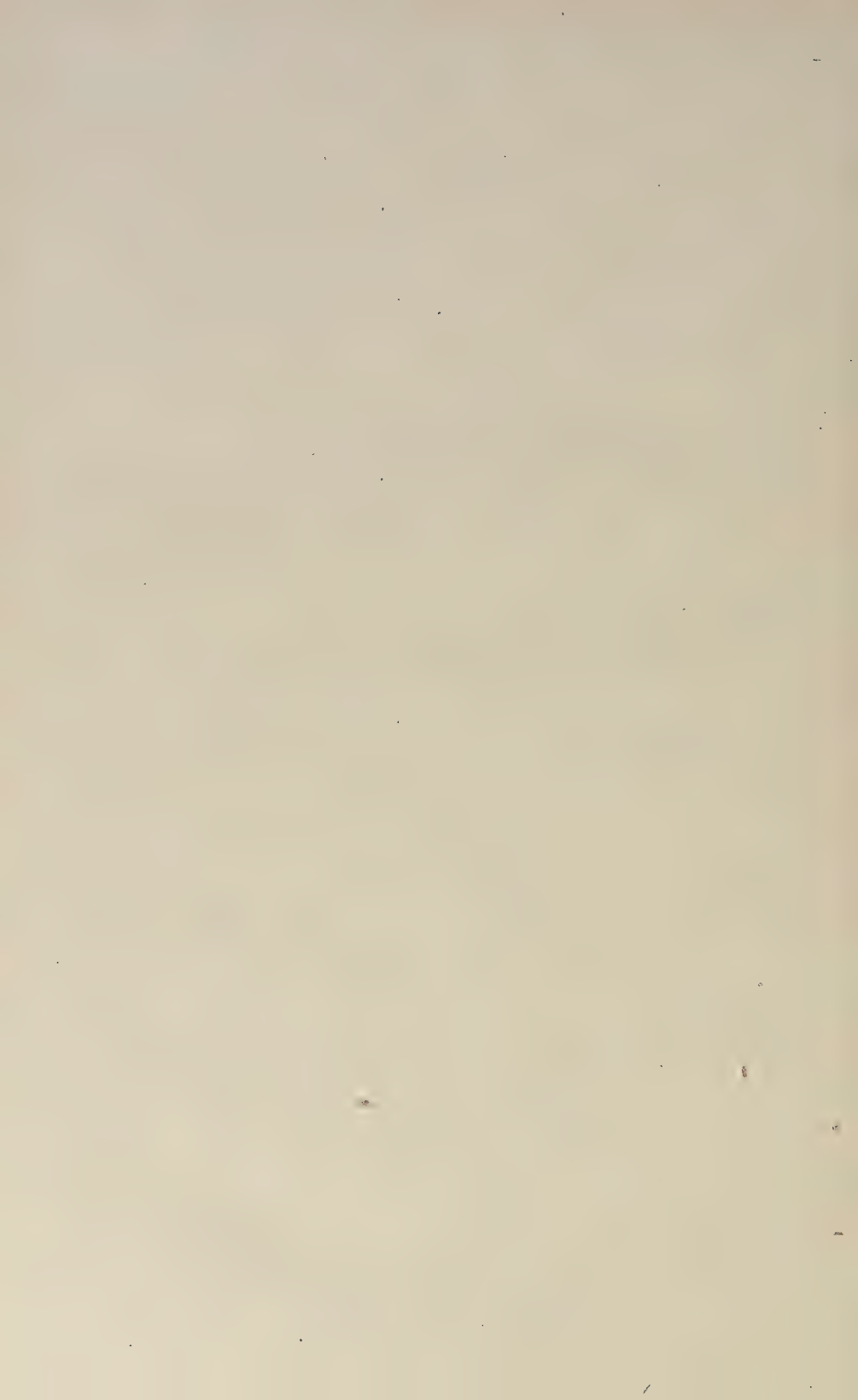
SECTION 5. — LIQUIDATION — PRESCRIPTION

La liquidation est faite « hic et nunc », sans attendre la réalisation du contrat, ni les chiffres définitifs. Pendant le cours de la concession l'Enregistrement exerce son contrôle sur les sommes versées au concessionnaire ou au fournisseur, ce qui peut amener une perception de droits supplémentaires, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude.

L'administration fiscale dispose de moyens très effectifs. Certes, le système des relevés semestriels des comptables directs du Trésor aux receveurs de l'Enregistrement a été supprimé depuis le 1^{er} janvier 1929, mais à l'occasion de chaque paiement, les comptables directs doivent fournir des fiches et les envoyer à la Trésorerie Générale du Département où elles sont centralisées. A chaque fin de mois, elles sont transmises aux Directions Départementales de l'Enregistrement, afin de permettre aux Receveurs d'assurer le recouvrement des droits.

La prescription normale des droits est de trente ans ;

Elle est de *trois ans* lorsque l'Administration fiscale a disposé, grâce à des actes soumis à la formalité, de renseignements suffisants pour opérer l'imposition.



CHAPITRE II

Cas particuliers rencontrés dans les marchés

Nous examinerons sept cas particuliers, dont le dernier fera l'objet d'un chapitre spécial, en raison de son importance et du problème très général qu'il soulève.

a) Cas où dans le marché des matériaux sont remis par le maître du marché, ou le concédant, à l'entrepreneur, ou au concessionnaire.

b) La question des charges augmentatives des travaux et fournitures.

c) Le cas où le contrat ne fixe pas un montant déterminé de fournitures.

d) L'assiette du droit de marché quand la clause de retour est facultative.

e) Le cas de terrains à acheter sur le prix total du marché.

f) La question des subventions.

g) L'évaluation des fournitures faites à prix de faveur (cf. chapitre III).

SECTION I. — MATÉRIAUX REMIS A L'ENTREPRENEUR

Dans les marchés qu'elle conclut, l'Administration s'arrange souvent pour mettre à la disposition du fournisseur des matières premières ou des pièces usinées ou travaillées qu'elle possède déjà. Une raison d'économie dou-

blée d'une raison de logique l'y pousse ; mais de deux choses l'une, ou bien ces matériaux sont si peu importants ou ont pu être dénombrés si exactement en quantité que le prix du marché a été établi sans en tenir compte, c'est-à-dire que les matériaux ne viennent pas en déduction du prix ; ou bien leur montant n'a pu être évalué exactement, et le marché a été établi sur un prix qui ne tient pas compte des fournitures de l'Administration : les matériaux viennent, s'ils sont fournis en déduction du prix.

La recherche du prix véritable du marché apparemment simple, est compliquée en pratique, du fait de l'évaluation à faire pour les parties du prix réel du marché. Le droit de marché est en effet perçu sur l'acte, dans un délai obligatoire, et « hic et nunc » dans des conditions de temps, qui ne souffrent aucun atermolement.

1^{re} Hypothèse. — *Les matériaux sont remis sans déduction du prix, en sus du prix.*

Le prix véritable du marché a été établi sans tenir compte des fournitures trop peu importantes ; ou au contraire, il a été établi sur des bases certaines, et chiffre exactement la rémunération de l'entrepreneur ou du fournisseur. Dans les deux cas, le prix du marché est définitif, et est envisagé comme tel par les parties : le droit de 1,50 % ne s'applique qu'au prix exprimé.

2^e Hypothèse. — *Les matériaux fournis par le maître du contrat viennent en déduction du prix fixé.*

L'issue normale du contrat ne peut être prévue exactement, le chiffre des fournitures est incertain, l'économie du contrat n'est pas prévisible. Il serait sage de reporter la taxation au droit de 1,50 % au moment où l'on connaîtra

les chiffres définitifs ou d'enregistrer, par exemple, en débet, tout au plus de taxer sur le prix exprimé du marché, quitte à mettre en jeu un système de restitutions ultérieures pour trop perçu.

Ces solutions ne cadrent pas avec les principes de l'Enregistrement : les moyens de preuve et de recherches manquent à l'Administration fiscale ; du moins est-ce le motif invoqué pour reporter ultérieurement la taxation. Quant à la restitution, il est de principe absolu, sauf dérogation expresse, que le contribuable n'y ait pas droit. On ne peut que regretter pareille rigidité de notre Droit Fiscal qui pouvait se comprendre à un moment où l'Enregistrement disposait de peu de moyens de contrôle, et où les préjudices causés aux particuliers n'étaient pas importants. Ce manque de souplesse est à l'origine d'injustices flagrantes dans tous les domaines de l'Enregistrement.

Il faut donc percevoir définitivement avec le moins d'injustice possible, il faut évaluer avec rigueur ce qui par définition n'a pu être évalué par les parties.

Faire œuvre de devin avec des yeux humains, tel est le problème. Il est insoluble par avance.

Remarquons toutefois que si les restitutions ne peuvent jouer, la perception de droits supplémentaires peut se faire, que ce système est même parfaitement juste si l'Administration fiscale peut suivre par divers procédés de contrôle ou de renseignements, la réalisation du marché.

Bref, ce système pratique mis de côté, la jurisprudence a élaboré un autre système de distinctions subtiles, beaucoup trop juridiques pour être justes, d'où elle a voulu tirer les principes qui dégageraient, à l'avance le prix fiscal du marché.

La Cour de Cassation fait varier les principes d'évaluation avec la nature des clauses de fourniture des matériaux : elle distingue trois cas :

1° Si la délivrance des matériaux constitue pour le maître du contrat une obligation, leur montant sera déduit du prix du marché figurant au contrat.

Le prix taxable au droit de 1,50 % sera le prix fixé au contrat, diminué des matériaux correspondants à l'ensemble de la fourniture.

2° Si la délivrance des matériaux est une simple faculté pour le maître du contrat, en vertu du principe que l'on paie sur l'obligation effective, et non sur ce qu'elle pourrait être, on taxe sur le prix porté au marché.

En ce sens, nous pouvons rappeler un jugement du Tribunal Civil du Rhône en date du 14 février 1928 (Sté des Etablissements Charpentier et Vogt, R. E. art. 8877), où il s'agissait d'un marché de guerre pour fournitures de barres de laiton et d'obus.

Le Tribunal décide que la perception sur le prix indiqué au contrat sans déduction de l'évaluation des matières remises par l'Etat (la livraison en était facultative) est régulière.

Dans le même sens, Cass. Civ. 21 avril. 1931 : (Sté des Et^s Grammont) R. E. art. 9559-11.

3° Enfin si le contrat porte seulement le principe de la fourniture des matériaux par le maître du marché, ce qui pour lui est plus qu'une simple faculté, et moins qu'une obligation absolue, la Cour de Cassation a d'abord jugé que l'on s'en remettrait à une déclaration estimative des parties qui prévoieraient l'exécution normale du marché. Le droit de 1,50 % était assis seulement sur le prix de

l'obligation effective du fournisseur, une fois les matériaux déduits après estimation de leur montant.

La jurisprudence était même fixée par six solutions intervenues entre 1884 et 1893 (rapportées par Maguero, Dictionnaire de l'Enregistrement « Marchés »). Dans le même sens, le Conseil d'Etat statuait en 1923 (Lebon, 1923, p. 555, 5^e espèce).

A la suite probablement de déclarations fantaisistes des concessionnaires ou fournisseurs, exagérant le montant des déductions, la Chambre Civile de la Cour de Cassation, adoptait une autre thèse par deux arrêts du 18 janvier 1927, qui à l'heure actuelle font foi. Il s'agissait d'espèces jugées par le Tribunal Civil de Toulon (Giraud et Soulet Frères) et (Sté Anonyme des Ateliers de Constructions Automobiles Turcat-Méry) (R. E. 1927, art. 8598) (cf. dans le même sens un jugement de Toulon du 28 juin 1922. Fouque et Vincent. R. E. art. 8598).

La première espèce, à titre d'exemple, était relative à un contrat intervenu entre le Département de la Marine et les sieurs Giraud et Soulet Frères, à la fin de la guerre, pour la fourniture d'éléments de fusée à l'Amirauté, celle-ci mettant en principe à la disposition des fournisseurs de l'acier et du laiton nécessaires à des prix convenus, dont le total venait en déduction du prix exprimé dans le marché. Le Tribunal de Toulon, de même qu'il avait été fait dans les deux autres espèces, avait interprété le marché comme un marché de transformation des matériaux fournis par la Marine ; comme tel il était imposé sur le montant minimum de l'obligation des sieurs Giraud et Soulet Frères ; ce montant était égal au prix exprimé dans le marché, déduction faite de la valeur estimée du laiton et de l'acier à fournir.

Le contrat était ainsi taxé sur la valeur minima de l'obligation ; la clause de fourniture de laiton et d'acier était considérée comme alternative : comme il est de règle en pareil cas, la perception se fait sur l'obligation la plus faible.

Dans l'espèce, Giraud et Soulet Frères, sans se défendre sur le fond du procès, faisaient valoir l'application de la prescription biennale, qui, en la circonstance était opposable à la perception de droits supplémentaires, plus de deux ans s'étant écoulés depuis l'Enregistrement de l'acte. Cette prescription court en effet « à compter du jour de l'Enregistrement d'un acte ou autre document, ou d'une déclaration qui révélerait suffisamment l'exigibilité de ces droits, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des recherches ultérieures ». (C. E. art, 241-1°).

Où le contrat passé entre les fournisseurs et la Marine pouvait être considéré comme alternatif, et dans ce cas la modalité choisie s'opposait à la perception de droits supplémentaires plus de deux ans après la signature du contrat ; ou il n'était pas considéré comme alternatif et la prescription ne pouvait s'appliquer. La Cour de Cassation a fait droit à la thèse de l'Administration jugeant que la prescription biennale ne s'appliquait pas.

Il ne s'agit plus en effet d'une clause alternative, ce qui ne correspond d'ailleurs qu'imparfaitement à la nature du marché, mais d'une clause « potestative résolutoire », d'après laquelle le maître du marché a le pouvoir et la liberté de modifier l'exécution d'un contrat existant, en résolvant de lui-même une partie des obligations de son contractant.

Sans rechercher le bien-fondé de cette approximation juridique plus exacte d'ailleurs que la précédente, il con-

vient de remarquer que le système adopté par la Cour ne remplit pas du tout son but, puisque la théorie d'Enregistrement, relative à la condition résolutoire va à l'encontre du Droit Civil, et se refuse à prendre en considération, la rétroactivité de l'annulation.

L'Administration fiscale fait même payer de nouveaux droits à l'occasion de la résolution. Il n'y a pas de restitution possible alors, et peu importe que la prescription biennale ne s'applique pas...

C'est pourquoi cet arrêt de la Cour, avec ceux qui l'ont accompagné en 1927, et la doctrine établie sur eux depuis, nous paraissent critiquables et ne semblent correspondre en rien au but recherché primitivement, qui était l'évaluation exacte du marché. Ce que les parties demandent n'est pas une définition juridique, même ingénieuse, mais plutôt que satisfaction soit donnée à des intérêts très légitimes.

Les concessionnaires et fournisseurs, en l'état actuel de la question, payent donc sur l'obligation la plus forte, sans qu'il puisse être envisagé de restitution. Du point de vue de la justice fiscale, le système est pire que le premier système de l'évaluation qui avait prévalu depuis la fin du siècle dernier.

Les particuliers ou sociétés qui contractent avec des personnes publiques qui leur fournissent des matériaux, ont un avantage certain à insérer le principe de l'obligation de fourniture de ces matériaux dans le contrat.

SECTION 2. — LES CHARGES AUGMENTATIVES DE TRAVAUX ET FOURNITURES

L'étude des questions particulières qui vont suivre, toujours relatives à la détermination du prix du marché,

soit dans le marché simple, soit dans la concession de service public, apporte une large contribution à la définition du prix du marché ; elle montrera l'obligation dans laquelle ont été mis, l'Enregistrement et la jurisprudence, de déterminer d'une part les éléments à comprendre dans le prix du marché, et d'autre part ceux que l'on devait en écarter.

Nous arrivons à la question des charges et fournitures ou constructions augmentatives du prix original du marché ou de la concession. On entend par charges augmentatives en général tout ce qui, du fait du concédant ou du concessionnaire, vient aggraver les obligations primitivement envisagées.

Par exemple ce sera le cas d'un entrepreneur ou d'un concessionnaire, qui signera un contrat de sous entreprise, plus onéreux pour lui, augmentant ses charges fixes au détriment de sa rémunération.

De même un entrepreneur de travaux souterrains a pu être obligé pour des raisons techniques d'engager des dépenses de travaux qu'il n'avait pas primitivement prévues, afin d'éviter des éboulements, ou de faire face à des inondations.

De même les salaires des ouvriers pourront-ils être considérés comme des charges fixes, pouvant être déduits du prix du marché, de même encore le montant d'une subvention destinée à payer l'intégralité des travaux supplémentaires, et à défrayer ainsi le concessionnaire ?

A toutes ces questions, la jurisprudence a répondu par le refus de prendre en considération les charges augmentatives. Elle a posé d'abord le principe de la non déductibilité des charges fixes sur le prix du marché, comme les frais de main-d'œuvre, de location d'outillage, les droits à payer. Par un jugement du 5 novembre 1927 (rapporté

à la R. E. art. 8753), le Tribunal Civil de la Seine s'exprime ainsi, après avoir défini ces charges, comme obligations incombant à l'entrepreneur en contrepartie de ses travaux et fournitures :

Considérant que... « l'assiette du droit (de marché) porte sur l'ensemble des travaux et fournitures mis à la charge de l'entrepreneur, sans qu'il y ait lieu notamment de distinguer entre les fournitures payées en numéraire, et celles qualifiées de gratuites par le contrat, mais qui sont en réalité rémunérées par le monopole, au moins de fait, concédé au fournisseur ».

Le « monopole » s'entend ici de tous les avantages accordés en plus des paiements faits.

Les Tribunaux en ont de même décidé des frais de main-d'œuvre, non déductibles du prix du marché. Une espèce du Tribunal de la Seine du 18 juin 1927 (R. E. art. 8858) le juge ainsi, décidant que le remboursement par le concessionnaire des avances à lui faites, pour payer son personnel ne pouvait être soustrait du prix total du marché.

Toutefois, il n'en serait pas de même au cas où des restrictions telles sont apportées par la personne publique aux droits de l'entrepreneur vis-à-vis de ses ouvriers, que des charges imprévisibles et nouvelles grèvent l'économie du marché : de telles charges pourraient être déduites, c'est admis par les Tribunaux, et ne pas être comprises dans le calcul du droit de marché. C'est justice dans la mesure de l'élément imprévisible.

Quant aux charges nouvelles subies par l'entrepreneur ou le concessionnaire, la jurisprudence considère qu'elles viennent en supplément — après évaluation — du prix des travaux et fournitures.

Taxées elles-mêmes au droit de 1,50 %, elles ne sont pas admises en déduction sur le prix du marché original pour la perception de ce même droit, et il ne peut y avoir de restitution.

Survenant du fait du « prince » elles peuvent au contraire être déduites pour le calcul du droit de marché. Mais quand elles sont pour le concessionnaire ou l'entrepreneur une conséquence même du contrat qu'ils ont signé, non seulement elles ne peuvent venir en déduction pour le calcul du droit de marché, mais sont même soumises à de nouveaux droits.

Ces règles s'appliqueront aux charges de sous-entreprise, ou à des travaux supplémentaires non prévus, mais indispensables pour l'exécution du marché, comme dans l'affaire Delqué, jugée par le Tribunal de la Seine le 12 avril 1924, et par la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation le 26 décembre 1927.

La Cour reconnaît (R. E. art. 8720) que les travaux supplémentaires non prévus ne donnent pas plus lieu à la perception des droits supplémentaires qu'ils n'autorisent la déduction de leur montant du prix exprimé du marché. Ces travaux en effet ne constituent pas une charge imposée et nouvelle, mais bien une charge prévisible et rentrant dans l'objet de l'obligation acceptée par l'entrepreneur ; ceci pour appuyer la non-déduction ; ensuite, ces mêmes travaux n'ont qu'un caractère provisoire, accessoire, par rapport au travail principal, dont ils apparaissent comme la condition de bonne exécution : ils ne peuvent être taxés spécialement.

La position de la jurisprudence paraît bonne à tous égards.

Mais quand une clause expresse du contrat oblige l'entrepreneur à se prêter aux modifications dont le projet deviendra susceptible en cours d'exécution, les modifications nouvelles sont taxées, et il y a perception de droits supplémentaires (cf. *infra* 2^e partie).

L'entrepreneur reçoit alors la rémunération de ses obligations, l'imprévu est prévu, et il est normal de taxer le prix du marché d'après toutes les constructions ou installations qui pourraient être faites.

Les travaux supplémentaires prévus par une clause expresse du contrat, comprennent par exemple, dans l'affaire Delqué : les travaux provisoires effectués en vue de faciliter l'exécution d'un projet de lignes souterraines de métropolitain, ultérieurement abandonné, les travaux de consolidation et de réparation nécessités par cet abandon, les travaux d'épuisement d'eau, même la réparation des dommages causés par une inondation survenue au cours des travaux.

Les charges augmentatives de travaux et fournitures ne peuvent donc pas en règle générale être déduites du prix du marché ; c'est l'obligation totale de l'entrepreneur qui est frappée au droit de 1.50 %, sans considération aucune de la rémunération nette de celui-ci.

De plus, les travaux supplémentaires prévus dans le contrat doivent être taxés au droit de marché, et viennent grossir l'évaluation première du marché, faite sur les travaux entrepris au début (cf. 2^e partie, chapitre IV).

SECTION 3. — *FOURNITURES INDÉTERMINÉES*
DANS LE CONTRAT
DE LA THÉORIE DES CONDITIONS

Ce cas est voisin du cas envisagé plus haut, des matériaux remis pour la transformation au fournisseur ou au concessionnaire. Il s'agira en effet, des contrats, marchés ou concessions, dans lesquels le chiffre des fournitures à livrer à l'Administration concédante n'est pas déterminé. Les deux cas se rapprochent par l'indétermination du prix du marché, ils diffèrent quant à l'origine des fournitures. La distinction est plus pratique que théorique, les solutions de jurisprudence diffèrent plus, et nous nous inspirerons dans nos jugements et critiques de certaines des idées débattues plus haut.

L'article 35 du Code de l'Enregistrement¹ renvoie l'Administration fiscale à défaut du prix exprimé dans le marché « à l'évaluation qui sera faite des objets qui en seront susceptibles ». Une déclaration estimative sera faite par les parties, mais quels seront les principes qui guideront l'Enregistrement dans le contrôle de ces déclarations?

La jurisprudence a essayé de les dégager dans les deux séries de cas qui peuvent se présenter :

— cas où le contrat parle de fournitures régulières et de fournitures éventuelles.

— cas où le contrat fixe un maximum ou un minimum de fournitures, ou les deux.

Ces cas sont d'ailleurs très fréquents. Il faut regretter que des principes trop rigides de perception obligent la détermination immédiate d'obligations, qui sont du domaine de l'inconnu. Pour des raisons pratiques, et vu la difficulté, sinon l'impossibilité pour l'entrepreneur

d'obtenir des restitutions de trop perçus, il faut poser en principe, que la perception primitive au minimum de l'obligation est de première justice.

A. — *Les fournitures éventuelles*

C'est pour l'appréciation du montant des fournitures éventuelles stipulées dans un contrat, que la *théorie des conditions*, avec son abondance de distinctions, a été mise en avant. Il est utile de la rappeler brièvement : les actes juridiques n'ont pas tous un dénouement immédiat et simple, ils sont souvent affectés de modalités qui en retardent l'exécution ou la subordonnent à tout autre événement ou obligation : tels sont le terme, la condition proprement dite (suspensive ou résolutoire), la charge, la clause pénale, la clause de délit, la clause alternative et la clause facultative.

En Enregistrement, ces modalités, pour la plupart n'empêchent pas la perception immédiate : le terme, par exemple, suspensif ou extinctif d'obligations, ne forme pas un obstacle à la perception « *hic et nunc* ». De même, la condition résolutoire ou la charge.

Par contre la condition suspensive retarde la perception jusqu'à l'avènement de la condition, avant lequel aucun effet juridique n'est produit. L'obligation alternative, comme nous l'avons vu plus haut, donne lieu à la perception du droit, sur l'obligation la moins imposée, quitte à être taxée à des droits supplémentaires, si la modalité la plus lourde est choisie. Quant à l'obligation facultative, enfin, on la taxe bien artificiellement, il faut l'avouer, sur la modalité qui est « *in obligatione* », des droits supplémentaires étant éventuellement perçus « *in facultate*

solutionis », si elle est choisie et si elle est frappée de droits plus élevés. Telle est la théorie générale.

Jusqu'à l'après-guerre, les tribunaux se contentaient des évaluations estimatives des parties, et même considéraient les fournitures éventuelles, comme soumises à une condition potestative suspensive, de la part de la collectivité concédante. Sans doute l'Enregistrement avait-il quelques difficultés à suivre la livraison de ces fournitures éventuelles, et beaucoup échappaient-elles à la taxation.

Ce manque de souplesse amena une floraison d'arguments juridiques, qui entreprirent de justifier la perception sur des fournitures dont le principe pouvait être posé, mais dont la réalisation était hypothétique.

Un jugement du Tribunal de Douai du 25 juillet 1924, rapporté à la R. E. art. 8359 1°, rendu contre la Compagnie du Gaz de Douai, déclare qu'au cas où la ville a pris l'engagement ferme et actuel de s'adresser au seul concessionnaire, tant pour ses fournitures normales que pour celles relatives à des illuminations — dont la promesse était ainsi faite aux Douaisiens — le droit de marché est immédiatement exigible sur le tout, la promesse étant d'ores et déjà taxée après évaluation...

Dès lors, la jurisprudence a été amenée à distinguer trois cas d'application de la clause.

Les deux premiers ont trait à des éventualités nettement distinctes : il peut s'agir d'une ville qui, en concédant le monopole de l'éclairage au gaz pour les besoins publics et privés, se réserve d'employer ou d'étendre ce mode d'éclairage quand elle le jugera convenable ; la clause de fournitures éventuelles est soumise à une véritable *condition suspensive*, elle n'est pas taxée au droit de marché.

Dans une seconde hypothèse, la ville prend des *engagements fermes et actuels*. — tel a été jugé le cas de la ville de Douai — le droit proportionnel doit alors être assis sur l'estimation des fournitures éventuelles ainsi envisagées.

Enfin, sans que la prévision de fournitures ou de travaux supplémentaires puisse être envisagée, ni comme un engagement ferme et actuel, ni comme soumise à une condition suspensive, une troisième hypothèse peut se présenter : le degré de probabilité de la fourniture est intermédiaire, il y a simplement « *possibilité* » de la fourniture envisagée. On ne voit pas très bien où veut en venir la jurisprudence car, entre le défaut de perception résultant d'une condition suspensive, et la perception sur l'estimation, il n'y a guère de position intermédiaire.

La véritable raison, n'est-elle pas celle si souvent rencontrée de l'assimilation à un engagement ferme et actuel, et de la perception sur le montant total des travaux ? Pourquoi n'y point voir également une condition potestative résolutoire ? L'excès de recherche juridique est aux prises ici avec l'esprit d'équité. La restitution des droits est impossible, et serait illégale, et il est de fait que l'Administration fiscale préfère percevoir au maximum, sans avoir à se donner la peine de suivre le contrat et de réclamer des droits supplémentaires avant l'écoulement de la prescription triennale.

Ce délai de trois ans, à compter du jour de l'enregistrement d'un acte n'est peut-être pas assez long pour permettre à l'Administration d'agir, mais si celle-ci n'est pas renseignée par la soumission à la formalité, elle dispose toujours d'un délai de 30 ans.

Elle dispose d'ailleurs en tout état de cause des renseignements provenant des comptables principaux et men-

tionnant tous les paiements faits au compte d'entrepreneurs, fournisseurs ou concessionnaires. Pour ces derniers, la question est plus délicate, les fournitures n'étant pas en général rémunérées en argent, mais par un monopole ; plutôt que d'évaluer le monopole, il serait plus aisé d'obliger les collectivités concédantes à déclarer tout ce qui leur est livré. Le système de la déclaration par les tiers n'a jamais donné que de bons résultats.

En dehors de l'injustice flagrante commise à l'égard des concessionnaires ou fournisseurs, taxés au maximum des fournitures, il semble juridiquement impossible d'assimiler des clauses de fournitures éventuelles, dans lesquelles, certes, l'obligation du concessionnaire existe, mais où elle dépend de la demande du concédant, à des engagements fermes et actuels. Ce sont des clauses soumises à des conditions suspensives, potestatives, purement et simplement, et sans qu'il y ait lieu de faire aucune distinction entre les promesses de recourir à l'industrie du fournisseur.

B. — *Maximum et minimum des fournitures
seulement fixées par le contrat*

Les mêmes raisons que celles exposées à propos de la fourniture des matériaux par le maître du contrat ou à propos des fournitures éventuelles prévues au contrat, conduisent à adopter une position semblable, à savoir, la perception sur le minimum certain de l'obligation, quand le contrat engage la collectivité concédante à une commande minimum et qu'il fixe dès à présent le montant maximum des fournitures. Une condition suspensive existe en effet, elle dépend de la volonté du concédant ; à sa réalisation des droits supplémentaires seraient perçus. Mais, là où le

problème paraît se compliquer, c'est dans l'hypothèse où le contrat ne stipule qu'un maximum, sans autre chiffre.

Quels principes permettront à l'Administration fiscale et à la jurisprudence de contrôler les évaluations des parties ?

Taxera-t-on sur le maximum envisagé ?

En règle générale, la jurisprudence estime que *le droit de marché doit s'appliquer au chiffre maximum* ; quand il apparaît dans le contrat que la livraison totale est inférieure à ce chiffre, elle considère qu'il y a résolution d'une partie du contrat, originellement fixé au maximum.

Notons qu'il y a là une interprétation inexacte de la volonté des parties, celles-ci pensant se tenir en deçà du chiffre fixé ; il faut toutefois reconnaître que ce chiffre maximum, s'il est indiqué seul, par ce qu'il représente le seul élément chiffrable du marché et sur lequel le fournisseur base ses livraisons, et ses bénéfices, est peu éloigné du montant futur des fournitures.

Le système de la perception sur le chiffre maximum présente en somme peu d'inconvénients, bien qu'il ne soit pas parfait ; la non restitution est un principe strict, mais susceptible de tempérament — accordé gracieusement — par l'Administration. (Voir les restitutions possibles, quand le prix du marché s'avère inférieur aux prévisions, dans la 2^e partie de cette étude).

Les solutions de la jurisprudence diffèrent suivant qu'un minimum ou qu'un maximum sont fixés au contrat. I. *La clause comportant un chiffre minimum de fournitures, figurant seule*, est admise comme soumise à une condition potestative, et la taxation se fait sur le chiffre indiqué.

C'est ainsi que les clauses des cahiers des charges des Ponts et Chaussées, et des cahiers des charges relatifs aux

travaux municipaux de la Ville de Paris, prévoient à côté d'un chiffre établi — minimum — de fournitures, une augmentation de $1/6$ de ce montant.

Ces clauses ne sont pas taxées, étant considérées comme suspensives d'obligations, elles sont très voisines d'ailleurs, des clauses de fournitures supplémentaires.

II. Mais quand le marché ne stipule qu'un maximum, la jurisprudence le considère comme établi sur ce chiffre, toute réduction éventuelle équivalant à une résolution. Si cette vue est défendable juridiquement, les effets fiscaux de la résolution ne suivent pas les effets civils ; la théorie fiscale ne reconnaît pas la rétroactivité de l'annulation, et en principe tout au moins, les droits perçus en trop ne peuvent être reversés aux concessionnaires.

D'ailleurs, ces inconvénients sont plus théoriques que pratiques en l'espèce, et la doctrine des tribunaux assure la meilleure protection des intérêts de la Régie, sans nuire à ceux des parties à l'acte.

III. Si le marché stipule à la fois un minimum et un maximum ; par exemple, le Ministère de la Marine passe très couramment des marchés de charbon dont le montant est fixé entre 3.000 et 5.000 tonnes ; les communes spécifient souvent dans leurs contrats de concession de distribution d'énergie électrique, que le concessionnaire leur livrera par an, une quantité d'électricité variant entre x et $x + y$. Notons encore la ressemblance avec les contrats faisant allusion à des fournitures supplémentaires : la probabilité des fournitures est cependant plus grande au cas de deux limites fixées, sans qu'il soit possible de déterminer par avance l'accord exact des parties.

L'Enregistrement et la jurisprudence considèrent que le droit de marché doit être assis sur le maximum, là

encore, avec les possibilités de restitution admises en fait et que nous examinerons plus loin.

Si un tel système en général donne satisfaction, l'adoption d'un système plus souple de restitutions le perfectionnerait encore. Il n'est pas douteux que dans les deux dernières hypothèses envisagées (maximum seul — maximum-minimum), le chiffre maximum constitue une valeur fixée, et que les parties ont envisagée. Ce n'est que dans le cas d'*incertitudes véritables* et où les éléments ne sont pas chiffrés qu'une application de la théorie de la condition résolutoire, nous paraît abusive. La question nous paraît d'ailleurs relever beaucoup plus du fait que du droit, et de l'appréciation des cas d'espèce.

SECTION 4. - DE LA PERCEPTION DU DROIT DE MARCHÉ AU CAS DE RETOUR FACULTATIF DES INSTALLATIONS A LA COLLECTIVITÉ CONCÉDANTE

Le droit de marché s'applique tout aussi bien sur le montant des fournitures que sur celui des travaux à exécuter ; l'art. 35 du Code de l'Enregistrement prescrit même d'en évaluer la « valeur d'assiette » sur les objets susceptibles eux-mêmes d'être évalués. Mais alors que dans le marché de fournitures et dans celui de travaux publics, il s'agit de fournitures livrées et de travaux faits pour le compte d'une personne publique, on ne trouve pas toujours dans le contrat de concession de service public, la clause de reprise en fin de concession des installations ; bien souvent, cette clause ne figure pas, et le cahier des charges stipule que la collectivité publique concédante aura la *faculté* de reprendre en fin de concession les installations.

Il n'y a plus obligation, mais simple faculté ; pour le compte de qui alors sont faits les travaux, et devra-t-on attendre la fin de la concession pour percevoir le droit de 1,50 % ?

Il n'est pas sûr que les installations profitent aux collectivités concédantes. Dès lors, le droit que M. Dublineau applique à « la taxation des intérêts particuliers des communes et des départements » s'appliquera-t-il à des installations qu'un particulier a pu édifier pour son compte personnel, puisqu'il peut les reprendre à l'expiration de la concession ?

M. Maguero n'hésite pas à voir dans cette clause une véritable condition potestative, qui jusqu'à sa réalisation, doit suspendre la perception du droit de marché, sur la partie des travaux soumise à l'option. En ce sens, son avis est différent de celui de l'Administration, qui taxe la totalité des installations (comparer Maguéro infra. Sa théorie des fournitures de faveur).

Les solutions que va être amenée à prendre la jurisprudence, préjugeront d'ailleurs de la question des droits respectifs du concessionnaire et du concédant sur les installations. La question a un grand intérêt, et les tribunaux l'ont aujourd'hui absolument résolue après une période de flottement et de discussion qui vient de cesser.

Disons tout de suite que la lutte d'arguments a été sévère, et nous allons essayer de retracer la ligne générale d'une jurisprudence qui, par le détour du droit de marché et son application aux concessions, a précisé et amoindri d'ailleurs les droits du concessionnaire, renforcé au contraire l'idée du service public.

C'est aux environs de 1926 que la question commence à être discutée sans que d'ailleurs ne soit mise en doute la

perception immédiate du droit de marché sur la totalité des obligations. Le point en litige est de savoir à quel titre se fait cette perception ?

A-t-elle en quoi que ce soit un caractère provisoire ou précaire au cas où la reprise des installations ne serait pas obligatoire pour le concédant ?

Un article de la Revue de l'Enregistrement de 1926 (art. 8269) pose la question à propos d'une entreprise concessionnaire de distribution d'énergie électrique ; le cahier des charges stipule la reprise facultative des installations, sans indemnité ni prix.

Sur quelles installations le droit de marché peut-il être assis ?

Il est répondu que le droit est immédiatement exigible, sur la valeur de tous les ouvrages que le concessionnaire est tenu de faire en contre-partie du monopole cédé : et cela semble juste puisque le concessionnaire peut avoir à remettre gratuitement en fin de concession ses installations ; il aura été rémunéré de ses constructions par son monopole. C'est donc la rémunération du concessionnaire que l'on taxe, et par ce moyen, l'on assied le droit de 1,50 %, même sur les immeubles et installations qui ne reviennent pas obligatoirement au concédant.

Un jugement du Tribunal Civil de la Somme en date du 5 novembre 1927 (R. E. art. 8731) Société Artésienne de Force et de Lumière c/ ville d'Albert, reprend cette argumentation sur une clause facultative de retour gratuit au concédant. Il établit l'exigibilité immédiate du droit de marché, assis « sur la valeur des travaux à faire par le concessionnaire ». Le rédacteur de la Revue annotant le jugement le critique vivement, et voit dans le pouvoir de reprise éventuelle de l'Administration concédante, une

condition potestative résolutoire ; les installations appartiendraient au concessionnaire d'ores et déjà pendant le cours de la concession.

Cette théorie nouvelle nous semble fausse : quel que soit en effet le sort des installations, qu'elles soient reprises ou non, l'existence de la clause ne permet en aucune façon de préjuger des droits du concessionnaire sur les installations qu'il a construites, ou qu'il exploite à la demande de la collectivité concédante. De plus rien n'est moins exact que de lier le droit de marché à la propriété des installations ; il suffit que ces installations soient construites ou exploitées « pour le compte » du concédant ; c'est l'objet même de la concession de service public.

Il convient alors de remarquer que le droit de marché ne frappe plus un marché proprement dit, des « livraisons » à la personne publique, il ne frappe plus le « prix du marché » mais le « prix de la concession ». C'est là un élargissement qui est toute une construction de la jurisprudence : elle s'est faite dans le silence de la loi, et tend à transformer le caractère original du droit de marché.

Cependant la réaction vint rapidement dans un jugement du Tribunal de Melun, en date du 11 juin 1930 (Secteur électrique de la Brie). Rev. Conc. 1930, p. 195, et Gaz. Palais 2665.1930 avec note approbative.

Si le jugement reconnaît que « le traité par lequel une commune concède à une Société le monopole de la distribution de l'énergie électrique sur son territoire est passible du droit de marché sur la valeur du monopole concédé, représentée par la valeur des fournitures à faire à la commune, augmentée de celle des travaux à effectuer, « il ajoute que » le droit n'est immédiatement dû que sur les travaux qui deviennent en vertu du contrat, la *propriété*.

incommutable de la collectivité concédante. C'est seulement en fin de concession que le droit peut devenir éventuellement exigible sur la valeur des travaux soumis à l'option de la commune si elle désire les conserver ».

La perception du droit de marché se trouve ainsi liée à la propriété des installations faites, très arbitrairement, il faut en convenir, et l'on eût aimé que le Tribunal de Melun donnât des explications sur son attitude. Recours en cassation a été formulé contre le jugement. La Ch. Civile a cassé le jugement du Tribunal de Melun par un arrêt du 15 mars 1937 (cf. infra).

Dans une affaire analogue, le Tribunal Civil de Compiègne (Société d'intérêt collectif agricole pour l'électrification de la région de l'Aronde et du Matz), par un jugement du 3 décembre 1930, adopte la théorie inverse, considérant que « le droit de marché doit être liquidé sur la totalité du prix représenté par le montant des travaux et installations, ou sur l'évaluation des objets qui en sont susceptibles alors même que la commune se serait réservé la simple faculté de reprendre ces travaux et installations à la fin de la concession ».

Le rédacteur de la revue de l'Enregistrement où les deux jugements que nous venons de mentionner figurent à l'art. 9477.11 critique la position du Tribunal de Compiègne, et allègue que le contrat de concession se résoud essentiellement en un marché de travaux publics.

Cette opinion qu'il note comme étant celle de Dalloz, ne correspond aucunement au caractère juridique de la concession de service public, qui, par son nom seul, dépasse le cadre d'une simple concession de travaux publics.

Il eût mieux valu dire que le droit de marché ne s'appliquait qu'à l'élément travail public, inclus dans la

concession, et ne pas chercher à modifier le caractère de la concession.

Une décision du Tribunal Civil de Saint-Girons en date du 25 mars 1931 (R. E. art. 9526), Société Lasvignes, reprend la jurisprudence de Compiègne, et élargit le débat. Le Tribunal considère qu'il « importe peu en ce qui concerne les travaux à évaluer, que la commune se soit simplement réservée la faculté de reprendre les installations à la fin de la concession ».

La concession de distribution d'énergie électrique est considérée dans le jugement comme un marché unique, dont toutes les dispositions sont dépendantes et tendent au même but, le *service public*.

« Le droit proportionnel auquel ce marché donne ouverture est exigible tant sur les sommes versées par la commune, à titre de subventions forfaitaires pour les travaux convenus, ou comme prix des fournitures, que sur la valeur du monopole concédé, représenté par l'estimation de la fourniture gratuite imposée au concessionnaire ».

Point n'était besoin, semble-t-il d'élargir tellement le débat et de parler d'asseoir le droit proportionnel sur « la valeur du monopole », ce qui ne peut être qu'une extension jurisprudentielle de l'art. 398 du Code de l'Enregistrement, et comme nous le verrons plus loin, sujette à caution.

Le fait que le retour peut se faire et qu'il est gratuit, prouve suffisamment qu'il s'agit en l'espèce d'un marché rémunéré. Peu importe l'usage ou la destination future du bien.

Dans le sens des Tribunaux de la Somme, de Compiègne, et de Saint-Girons, nous trouvons encore une décision du Tribunal Civil de Bastia (27 janvier 1933, R. E.

art. 10.008, Société Anonyme des Compagnies réunies de gaz et d'électricité).

C'est tout récemment que la Cour de Cassation (Chambre Civile) eut à prendre parti et à fixer la jurisprudence. elle l'a fait par un arrêt du 15 mars 1937 (Revue Conc. 1937, p. 118). Sur le recours de l'Administration de l'Enregistrement s'estimant lésée dans le jugement du Tribunal de Melun en date du 11 juin 1930 (Société dite Secteur Electrique de la Brie, Recueil Civil et notarial des Juris-classeurs, 20 juin 1937. J. E. 35.301) elle a donné raison à l'Administration.

En la même date elle a infirmé dans deux autres arrêts rendus sur des pourvois contre les jugements vus plus haut, des tribunaux civils de la Somme (5 novembre 1927) et de Saint-Girons (25 mars 1931) les thèses des concessionnaires, prétendant à n'être taxé que sur la valeur des ouvrages faisant l'objet d'une clause de retour obligatoire.

Voici en quels termes statue la Cour de Cassation dans la première espèce précitée :

« Attendu que le traité passé entre la commune de Fouju et le secteur électrique de la Brie est un contrat unique dont les différentes dispositions sont dépendantes les unes des autres et reliées entre elles par une corrélation nécessaire, *sans qu'on y puisse distinguer* un marché de travaux publics et un marché de fournitures ; que sa *cause déterminante* est de procurer aux usagers, administrés de la commune, au profit de qui il est stipulé, les commodités de la lumière et de la force électrique ; que les travaux sont rémunérés et *amortis* tant par la subvention que par l'avantage que prouve le privilège exclusif... ; qu'ainsi chacune des parties a stipulé définitivement à son profit des prérogatives particulières et réciproques ; que l'obligation de l'une a pour

cause l'obligation corrélatrice de l'autre et que les travaux relatifs à la création du réseau de distribution constituant une des charges imposées à la société comme contrepartie du monopole à elle concédé ; la valeur des ouvrages du réseau qu'elle s'est obligée à construire doit entrer en ligne de compte pour le calcul du droit proportionnel de marché ; que dès lors il importe peu qu'en vertu de l'art. 22 du cahier des charges le droit ait été réservé à la commune de prendre possession ou d'abandonner en fin de concession, les éléments qui forment le réseau de distribution amortis, l'exécution ultérieure de cette clause accessoire insérée en faveur de la commune, dans l'intérêt du Service Public, ne pouvant avoir d'autres conséquences que d'augmenter ou diminuer éventuellement la rétribution du concessionnaire, sans modifier le *caractère ferme et actuel des engagements* assurés de part et d'autre par les contrats, ni exercer aucune influence sur la liquidation des droits ; ... par ces motifs, casse et annule ».

Si la jurisprudence civile applique le droit de marché à la totalité de la valeur des installations qu'elles soient reprises ou non en fin de concession par le concédant, elle base ses jugements et arrêts sur la considération du *prix du monopole*, la concession de Service Public étant envisagée comme un « traité » d'un genre spécial ayant un prix différent du prix de marché proprement dit qui peut y être contenu. Cette définition juridique est juste, mais la difficulté vient toujours de l'application nouvelle ainsi donnée au droit de 1,50 %.

La jurisprudence administrative a porté le débat sur un autre terrain. Quoiqu'elle n'ait pas à juger de l'application des droits d'Enregistrement, les conclusions qu'elle donne sur la propriété des installations pendant la durée de

la concession, sont intéressantes. Elle fixe en même temps l'étendue du droit du concessionnaire. Par un arrêt du 24 janvier 1934 (Société de l'Ouenza. Lebon 1934) le Conseil d'Etat attribue dans une concession d'exploitation de minerais de fer en Algérie, le droit de propriété sur les installations à la personne publique concédante. Le concessionnaire arguait d'une clause de retour facultatif et gratuit des installations en fin de concession, pour prétendre à la propriété de ces mêmes installations. Le Haut Tribunal Administratif a donné tort au concessionnaire : l'autorité concédante doit être regardée comme immédiatement propriétaire des installations édifiées par le concessionnaire, lorsqu'elle s'en est réservée le retour sans indemnité à l'expiration de la concession.

M. Charles Blavoet, dans sa note au Sirey met en valeur ce changement de la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui autrefois (C. E. 1^{er} février 1929. Sté Cle d'Energie Electrique. D. P. 1929, III, 45 note Blavoet) décidait, devant l'existence d'une clause facultative de retour gratuit, que le concessionnaire était propriétaire.

Cette jurisprudence était approuvée par M. André Pépy (D. E. 1932-III-43 et par M. L'Huillier (S. 33-III-105), elle était critiquée fortement par M. Blavoet (sous l'arrêt précité du 1^{er} février 1929 au Dalloz) et M. Raphaël Alibert au Recueil Sirey de 1934 (III.25) M. Blavoet à la suite de cet arrêt ajoute que « le fait de la reprise gratuite ou du paiement de certaines obligations n'est pas le critérium de la propriété, le financement et la domanialité des ouvrages sont deux choses absolument distinctes, et surtout il y a lieu de distinguer : l'existence du droit exclusif de décider du sort des ouvrages, caractéristique de la propriété, et l'exercice plus ou moins retardé de ce droit ».

Il s'agit d'ailleurs moins, dit l'auteur de la note, de propriété, que de domanialité publique.

Je termine en citant M. Raphaël Alibert (note Sirey, 1934-III-25) qui s'exprime nettement et définit ainsi le droit du concessionnaire en général. « Le concessionnaire juridiquement incapable de disposer des ouvrages concédés, jouit de ces ouvrages, non point en vertu d'un droit propre — ce qui serait l'apanage réel d'un propriétaire — *mais en vertu des pouvoirs dérivés par un lien personnel* que lui reconnaît par traité le concédant, maître des ouvrages », M. Alibert ajoute d'autre part, « qu'il y a contradiction, en jurisprudence, à admettre la propriété du concessionnaire, et à reconnaître le caractère de travail public, à l'établissement des ouvrages concédés ».

Le Conseil d'Etat est ainsi formel dans ses conclusions parfaitement interprétées et justifiées par Messieurs Alibert et Blaevoet : dans le cas d'une concession où figure une clause facultative de retour gratuit, la propriété des installations appartient à la collectivité concédante.

Le caractère du travail public est ainsi respecté dans la concession ; les installations sont édifiées pour le compte de la personne publique.

Il ne peut plus dès lors y avoir de doute sur l'application du droit de marché, aux installations dont la destination en fin de concession est inconnue et peut profiter au concessionnaire. Le désistement du concédant, en fin de concession, au profit du concessionnaire opérerait alors à l'instar d'une mutation nouvelle. Aucune restitution de droits d'Enregistrement ne peut être envisagée.

Notons enfin que la perception du droit de marché, basé sur le travail public dégagé du contrat de concession,

ne se ferait plus sur le prix de la concession et la valeur du monopole, mais uniquement sur la valeur des installations ; alors que la Cour de Cassation tend de plus en plus à dégager le prix de la concession et l'ensemble de la rémunération du concessionnaire, le Conseil d'Etat met en avant la propriété des installations ; la Cour de Cassation évalue le monopole, et l'application du droit de 1,50. % ne serait pas la même suivant que l'on s'appuierait sur l'un ou l'autre argument.

Dans une espèce, où le contrat de concession (distribution d'énergie électrique) ne stipulait rien à l'égard de la propriété des ouvrages au cours de la concession, mais où il était prévu un retour gratuit en fin de concession, le Conseil de Préfecture de Toulouse a attribué la propriété en cours de concession au concessionnaire (5 juin 1936. Revue des concessions 1936. Commune de Labarthe-sur-Rivière c. Société Electricité et Gaz des Pyrénées).

D'après le tribunal administratif, le rachat qui se produisit en cours de concession a eu véritablement pour caractère un changement de propriété... La situation du concessionnaire est assimilée à celle d'un permissionnaire de voirie.

Cet arrêt semble inexplicable et vient en contradiction avec la jurisprudence du Conseil d'Etat ; nous l'avons cité pour montrer les hésitations que cette jurisprudence suscite de la part des juridictions administratives du 1^{er} degré.

Elle ne paraît pas encore absolument fixée, quoiqu'elle marque un progrès très net dans la conception même du service public. Cette conception a d'ailleurs les défauts de ses qualités, son caractère trop général et théorique, a-t-on dit, peut ne pas correspondre à la multiplicité des situa-

tions des concessionnaires ; nous ne le croyons pas et cette conception peut se défendre dans toutes les hypothèses de « services publics » ; le Conseil d'Etat n'a pas hésité à l'appliquer à une concession d'exploitation de minerai de fer, lui donnant ainsi très nettement le caractère de service public.

L'arrêt du Conseil de Préfecture de Toulouse ne nous paraît pas devoir ralentir la tendance du Haut Tribunal Administratif, à accentuer le caractère du service public dans les concessions qui en font l'objet.

Les deux jurisprudences, civile et administrative, par des voies différentes, conduisent à des résultats semblables quant à l'application du droit de marché aux installations faisant l'objet d'une clause facultative de retour. La Cour de cassation a seulement une théorie plus progressive, fiscalement parlant, en envisageant le prix du monopole.

SECTION 5. — *CAS OU DES TERRAINS SONT A ACHETER
ET RENTRENT DANS LE PRIX FIXÉ DU MARCHÉ
OU DE LA CONCESSION*

De deux choses l'une, dans un contrat de concession, nécessitant l'utilisation de terrains : ou les terrains nécessaires sont fournis par le concessionnaire, ou ils sont fournis par la collectivité concédante. Ce dernier cas sera examiné plus loin, à l'occasion de l'étude de la perception d'autres droits sur la concession : droit de bail, même parfoi, droits de mutation immobilière (cf. *infra*).

Dans le premier cas, les terrains peuvent être, soit la propriété du concessionnaire, soit l'objet d'un achat de sa part, et pour le compte de la collectivité concédante.

Si le concessionnaire propriétaire vend son terrain à l'administration concédante pour les besoins de la

concession à un prix déterminé ou non, bien entendu cet acte n'est pas passible du droit de marché, mais du droit de vente.

Il semblerait qu'il en fut de même lorsque le concessionnaire doit *acheter le terrain pour le compte du concédant*. Le droit de mutation immobilière de 13,50 % est perçu lors de l'achat « dans le commerce » ; cet achat peut être considéré comme fait pour le compte de la personne publique ou celui du concessionnaire, selon les droits qui leur sont reconnus pendant la concession. La jurisprudence s'accorde à ne percevoir le droit de mutation qu'une seule fois, lors de l'achat par le concessionnaire. Mais cette obligation du concessionnaire d'acheter pour le compte de la personne publique, est rémunérée par le prix du marché, ou, si l'on veut le prix de la concession, qui comprend, outre le prix pur et simple des fournitures et des travaux l'avantage matériel retiré du monopole par le concessionnaire.

La rémunération sera, soit comprise dans le prix du marché proprement dit, soit incluse dans le monopole.

La jurisprudence, dans les deux cas, la frappe du droit de marché de 1,50 %.

Toutefois, le droit de la personne publique sur les terrains, n'est considéré comme définitif que s'il y a dans le cahier des charges de la concession une clause de retour sans indemnité au concédant, en fin de concession. Peu importe, nous l'avons vu plus haut, pour la définition du droit du concessionnaire, que le retour soit facultatif ou obligatoire (cf. supra) : la personne publique concédante détient la propriété, ou plus exactement, la domanialité des installations ; le droit du concessionnaire, comme l'a défini M. Raphaël Alibert est un droit essentiellement per-

sonnel, et ne s'exerce pas sur les ouvrages d'une concession de service public, pour lesquels est stipulée une clause de retour gratuit.

Dans le cas où il n'y a pas de droit de retour stipulé, où les ouvrages et terrains resteront la propriété du concessionnaire, celui-ci est censé avoir acquis pour son compte. Il ne s'agit plus dès lors, d'un véritable service public, mais d'un service public atténué, en quelque sorte ; il n'a pas paru nécessaire pour cela d'établir des droits spéciaux de la personne publique sur les ouvrages de la concession, tant en cours d'exploitation, qu'en fin de concession.

Ainsi, la propriété du concessionnaire subsiste-t-elle : c'est là une solution raisonnable et juste, qui correspond bien au caractère du service exploité et qui exclut la perception de tout droit de marché sur la partie du prix afférente aux terrains. On ne peut alléguer cette fois, que le concessionnaire soit rémunéré pour acheter ses terrains puisqu'il les garde en fin de concession et qu'il ne connaît pas l'éventualité dans laquelle ces immeubles lui échapperaient : ils conservent toujours leur valeur, réalisable.

Ce cas d'ailleurs est le même que celui où les installations et ouvrages édifiés feraient l'objet d'une concession de service public, à l'expiration de laquelle ils feraient retour obligatoirement au concessionnaire.

Ce n'est plus alors à proprement parler une concession que cette hypothèse d'exploitation : il ne s'agit même plus de travaux publics puisqu'ils ne sont pas construits et édifiés pour le compte de la collectivité concédante : cette forme d'exploitation se rapprocherait plus exactement d'un bail de la part du concessionnaire à la ville des installations qu'il construit pour son compte.

La question des terrains est un peu différente de celle des travaux publics, car on peut concevoir une véritable concession de Service Public, où les travaux et installations feraient retour en fin de concession au concédant, mais où certains terrains, nécessaires pour l'exploitation seraient considérés comme séparables de celle-ci en fin de concession et feraient retour au concessionnaire.

Il semble qu'il y ait une clause indépendante de la concession et que le droit de propriété du concessionnaire subsiste (non-paiement du droit de marché) ; l'usage fait des terrains pour le compte de la ville serait assimilable à un bail, taxé au droit de 1 % par année courue.

La question peut encore se compliquer si l'Administration concédante oblige le concessionnaire à acheter ces terrains dans le cahier des charges, et lui en laisse la propriété et le retour à la fin de la concession. Si l'on peut penser que le concessionnaire agit d'après la volonté expresse du concédant, il ne s'engage pas pour le compte de celui-ci.

Il prend l'engagement personnel d'acheter un terrain et de le garder en pleine propriété, il n'y aurait pas plus de droit de marché à payer : la considération de la clause de retour est essentielle en la matière ; *dans le cas d'un retour gratuit*, à un retour facultatif, correspondra la perception du droit de marché sur le tout, et le droit de propriété du concédant ; s'il y a retour obligatoire au concédant, la question du droit de marché ne peut pour nous se poser, le cas étant identique à celui où un concessionnaire mettrait à la disposition du concédant un de ses immeubles, par bail. (*Jurisprudence contraire*).

Mais si le retour joue avec le paiement d'une indemnité, d'un prix, ce prix est regardé comme un supplément

de rémunération du concessionnaire, correspondant à une véritable mutation immobilière.

Le concessionnaire doit être regardé comme propriétaire des terrains ou immeubles ainsi visés par la clause. Pas de droit de marché, mais un droit de mutation nouveau.

La question des terrains a été peu tranchée en réalité par la jurisprudence, et on trouve fort peu d'espèces.

C'est la doctrine du droit du concessionnaire sur les ouvrages et installations, qui doit dicter la solution à adopter ; nous avons vu que la jurisprudence du Conseil d'Etat est dans le sens de la restriction des droits des concessionnaires et du renforcement de l'idée de « service public », du moins quand il y a une clause de retour gratuit.

Un jugement du Tribunal Civil de la Seine du 6 février 1912 applique le droit de marché à la totalité (travaux et terrains) dans une concession ou une clause de retour gratuit est stipulée. Un arrêt de la Cour de Cassation du 11 novembre 1918 adopte la même solution, mais ne recourt pas directement à la recherche de la rémunération totale du concessionnaire non plus qu'à l'établissement d'un prix global pour la concession. A un moment où la propriété du concessionnaire n'était pas mise en doute sur les ouvrages de la concession, la Cour attribuait à l'Administration concédante, pour justifier l'application du droit de 1,50 %, un droit de co-propriété indivise sur ces mêmes ouvrages et terrains.

Par ce moyen, on aboutit à la recherche de la rémunération du concessionnaire.

SECTION 6. — *LES SUBVENTIONS*

Aucune question d'actualité ne se pose plus à propos des subventions. Le principe est établi que sur la partie d'un marché payable au moyen d'une subvention par le maître du marché, ou pour son compte, par une autre personne publique (exemple, subvention de l'Etat à une entreprise concessionnaire de la distribution d'Energie Electrique d'un département), est soumise au droit de marché de 1,50 %, étant, au même titre que les autres avantages donnés au concessionnaire, une rémunération de celui-ci sans que l'on ait en vue d'ailleurs, le caractère effectivement rémunérateur du secours ainsi donné, souvent inférieur à ce qui est nécessaire, ou comprenant à peine les travaux qu'il couvre.

Une espèce récente déjà citée du Tribunal Civil de Corbeil (R. E. 1936, art. 10616) est dans ce sens. La jurisprudence était déjà bien établie, qui faisait rentrer le montant de la subvention dans le prix du marché, taxable au droit de 1,50 %. (Saint-Girons, 25 mars 1931, R. E. n° 9.526 ; Bastia, 27 mars 1933, R. E. n° 1.008).

Mais, l'intéressé a mis en valeur un argument nouveau, qui n'a pas été admis par les juges ; il prétendait échapper à toute perception sur la partie du marché payable au moyen de la subvention, en objectant que le prix consiste exclusivement dans ce que l'entrepreneur reçoit du maître, pour le prix de ses services.

La subvention étant versée par un tiers, ne faisait pas partie du prix, et était affranchie de l'impôt.

De plus, l'intéressé faisait valoir que la subvention ne rétribuait pas « ses services », du fait qu'elle ne couvrait pas le coût des travaux ainsi subventionnés.

Le Tribunal a répondu par l'art. 35 du Code de l'Enregistrement qui définit sans ambiguïté le prix du marché par l'évaluation des fournitures et des installations, sans considération du revenu net ; et le prix doit s'entendre, d'après le jugement rapporté, de ce qui est payé *pour le compte* de l'acquéreur ou du maître, non pas seulement par celui-ci.

Cette application du droit de marché est juste ; on ne pouvait que l'étendre aussi au cas où, en cours de concession, des travaux nouveaux seraient subventionnés ; le prix du marché s'en trouve augmenté par le fait même, la subvention frappée du droit de marché.

Il semble que ce soit là application légitime de la loi et de l'art. 35 du Code de l'Enregistrement qui considère seulement les fournitures et travaux effectués.

Une question se posait autrefois, quand le tarif du droit de marché, sur les marchés administratifs n'était pas unique : 1 % pour les marchés dont le prix était payable par le Trésor, 1,50 % pour les marchés dont le prix était payable par les collectivités locales ou établissements publics.

Très fréquemment, des marchés passés par les collectivités ou établissements publics (taxés à 1,50 %) étaient subventionnés en même temps par l'Etat. Il était admis qu'une ventilation devait se faire entre les deux parties du prix du marché, taxées chacune à leur tarif propre.

Les subventions prélevées sur le fonds du pari mutuel urbain, faisaient exception à la règle de la ventilation, et étaient taxées à 1,50 % comme provenant d'une recette départementale ou communale.

CHAPITRE III

L'évaluation des fournitures faites à la personne publique concédante

(Cas où ces fournitures sont gratuites, ou faites à un prix de faveur)

Dans le calcul du droit de marché sur la part afférente aux fournitures, deux facteurs interviennent : l'importance des fournitures annuelles, qui sera évaluée en argent (le plus souvent au tarif fixé par le contrat) et la durée du marché ou de la concession.

De la multiplication de ces deux facteurs, ressort le montant du droit de marché.

Dans de nombreux cas, ces fournitures ne sont pas évaluées à un tarif fixé dans le cahier des charges, elles sont gratuites, faites sans contrepartie pécuniaire de la collectivité concédante ; souvent aussi, elles sont stipulées à un prix de faveur, inférieur au tarif fixé pour les usagers du service, inférieur même parfois à leur prix de revient.

Ce sera, par exemple, une ville concédant le service de distribution d'énergie électrique, et stipulant dans le cahier des charges, l'obligation pour le concessionnaire de fournir gratuitement l'électricité aux installations municipales ; ce sera aussi le cas d'une ville stipulant dans une concession de transport public, le transport gratuit de ses agents.

Il y a là, un bénéfice de la collectivité concédante, en retour d'avantages, tel que le monopole, consentis par elle au concessionnaire.

Une double question se pose, de savoir si cet avantage doit être évalué pour le calcul du droit de marché, et par quels moyens de fait, il peut être évalué.

Le droit de marché frappe les fournitures faites à une personne publique.

Or, s'il n'est pas fixé de prix pour ces fournitures, si le concessionnaire les fait gratuitement, le droit de 1,50 %, sans matière imposable qui puisse servir de base à l'établissement d'un prix du marché, ne s'appliquerait plus.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour inclure *toutes les fournitures* dans le calcul du prix du marché devant servir d'assiette au droit. M. Dublineau envisageant le cas de fourniture d'eau gratuite ou à un prix très réduit, s'exprime ainsi : « Il est certain que dans ces hypothèses, le prix total du marché consiste non seulement dans les redevances annuelles payées pour la fourniture de l'eau, mais surtout dans l'avantage résultant du monopole conféré au concessionnaire ». M. Maguero (Dictionnaire de l'Enregistrement...) applique ici sa théorie générale sur la perception du droit de marché : on ne taxe, dit-il, que « la rémunération pécuniaire du concessionnaire » ; le prix institué fait donc foi, et les fournitures stipulées à un tarif de faveur, ne sont évaluées que sur ce tarif.

Il n'y a pas, pour M. Maguero, à faire d'évaluation du monopole à l'encontre de ce que pense M. Dublineau.

Quant aux fournitures gratuites, elles seront évaluées au tarif des fournitures de faveur.

Les deux auteurs sont d'accord pour faire rentrer les fournitures gratuites dans le calcul du prix du marché,

mais ils se séparent sur le principe de l'évaluation de l'avantage qui, en fait, — à défaut de rémunération pécuniaire — désintéresse le concessionnaire.

L'intérêt de cette discussion, vient du fait qu'elle a servi de point de départ pour la construction d'une véritable jurisprudence nouvelle en fait d'application du droit de marché aux concessions de services publics.

C'est sur ce point précis, que le régime de taxation au droit de 1,50 % des concessions de service public diffère de celui des marchés ordinaires, dont la contrepartie exprimée est toujours un prix.

Là, au contraire, c'est un avantage qu'il faut évaluer; ou alors le marché inclus dans la concession n'est plus évalué, ni taxé pour sa valeur réelle. Ou l'on entreprendra d'évaluer « l'avantage », ou on ne connaîtra que le prix institué au contrat, avec la correction de M. Maguero, pour les fournitures gratuites.

La jurisprudence est aujourd'hui fixée dans le sens de *l'évaluation de l'avantage* ainsi consenti. Cette position correspond à l'objet même du droit de marché qui est de frapper les fournitures faites aux collectivités publiques, et elle doit être admise en principe.

C'est un jugement du Tribunal de Lyon du 10 juillet 1918 (J. E. 13.920), confirmé par un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 4 février 1924 qui a établi timidement, il faut le dire, le principe de l'évaluation de l'avantage, qui, depuis, n'a plus été contesté.

La Cour de Cassation s'exprime ainsi : « le droit de marché a pour base, non le prix de revient des fournitures, mais le prix exprimé, ou la valeur de ces fournitures ».

A défaut du prix exprimé, on recherchera la valeur de ces fournitures, qu'elles soient gratuites ou faites à un prix de faveur.

La porte était ouverte aux réformes. Depuis, la Cour n'a plus hésité à évaluer l'avantage ainsi consenti, elle s'est délibérément orientée vers la recherche de la valeur du monopole.

Le point de vue de la Régie est également celui de la perception sur les fournitures gratuites, mais il diffère de celui de la jurisprudence, sur le moyen d'évaluer ces fournitures.

Alors que les Tribunaux et la Cour de Cassation s'en tiennent à la rémunération du concessionnaire, et à tout ce qui lui profite, l'Administration fiscale se tourne du côté de la collectivité concédante, et évalue les fournitures gratuites ou de faveur au tarif des fournitures faites aux usagers ordinaires, au prix courant.

La position de l'Administration peut alors se définir ainsi : la différence entre les deux prix, le prix de faveur consenti à la collectivité concédante, et le prix ordinaire consenti aux usagers, constitue l'avantage du monopole ; dès lors, les différences entre les deux thèses apparaissent.

Alors que la Régie aura tendance à ne pas tenir compte de la faveur consentie, et à évaluer au tarif ordinaire, la jurisprudence recherchera le prix de revient des fournitures, et par la mise en valeur de ce qu'elles coûtent au concessionnaire, établira ce dont le concessionnaire devra être rémunéré par son monopole.

D'un côté, la taxation jouera sur la valeur des fournitures établie au tarif courant, de l'autre, la taxation jouera sur l'évaluation des fournitures établie au prix de revient.

La différence est donc très sensible.

Dans les deux thèses cependant, lorsque le prix de faveur est supérieur au prix de revient, il fait foi ; l'Administration admet, que dans ce cas, la collectivité concédante ayant prévu exactement le bénéfice laissé au concessionnaire, a équilibré plus exactement les charges de celui-ci : la rémunération est alors exactement établie. Si le prix institué est égal ou inférieur au prix de revient, l'Administration au contraire, prétend que la ville concédante a rémunéré par le monopole, le concessionnaire, sur la base du prix courant.

Ceci est fort arbitraire, et ne peut se réclamer du moindre argument juridique.

On ne voit pas pourquoi « ce qui profite à la ville » est taxé par la Régie au prix courant : le but de la concession, en outre du service public à assurer, a été de fournir à la ville des fournitures à meilleur marché.

Tout à fait abstraitement et théoriquement, une concession de service public peut se dédoubler en une entreprise travaillant sans bénéfice pour la personne publique (ce qui serait le cas d'une régie) et une entreprise concernant la distribution de l'eau ou du courant électrique aux usagers, avec bénéfice cette fois ; si les fournitures sont stipulées ou profit de la personne publique à un prix inférieur au prix de revient, les bénéfices faits sur les usagers, ne peuvent servir qu'à combler la marge entre le prix institué et le prix de revient.

C'est avant tout, sur le coût de production, la charge imposée au concessionnaire, que doit être assise l'évaluation de ces fournitures. En plus de ce que la ville n'a pas permis de faire des bénéfices sur les fournitures à elle livrées, mais a accordé cet autre avantage qu'est le monopole en

contre-partie, il serait impossible de déterminer le bénéfice que la ville aurait ainsi voulu laisser au concessionnaire.

Aucun argument ne permet de l'évaluer au prix courant.

Une raison de vraisemblance, et une raison de simple pratique nous conduisent à soutenir *la taxation des fournitures gratuites ou de faveur, au prix de revient, ou au prix institué pour les fournitures de faveur, lorsqu'il est supérieur au prix de revient.*

Dès lors, que l'avantage est chiffré, dans le cahier des charges, il doit être pris en considération.

On voit que le point de vue de M. Maguéro a été singulièrement élargi par l'Administration fiscale.

En l'absence de textes et de données certaines, M. Maguéro préconisait la taxation sur le prix institué, ce qui profitait directement au concessionnaire ; l'Administration au contraire recherchant toujours la rémunération exacte du concessionnaire, évaluée au prix courant, non au prix institué, si celui-ci est inférieur au prix de revient.

Cette controverse, une des plus difficiles qui se soit élevée en matière de perception du droit de marché, peut se résumer dans le choc de deux thèses : l'évaluation de la rémunération du concessionnaire, basée sur ses charges, et l'évaluation du profit que le concédant tire du marché. On peut s'étonner à vrai dire, qu'il y ait disparité entre les résultats, puisqu'il s'agit d'un contrat où les charges du concessionnaire sont par définition égales au profit de la personne publique.

La difficulté vient de ce que l'on se heurte à l'application d'éléments incorporels, tel que le monopole, qui dépassent singulièrement le droit de marché.

L'art. 35 du Code de l'Enregistrement est trop vague pour donner quelque indication, il ne parle que de l'évaluation des fournitures dans la déclaration estimative des parties, sans donner d'indication sur les moyens de faire cette évaluation. La difficulté, vient de ce que le droit de marché n'est pas un droit approprié à la concession de service public.

Un *jugement récent du Tribunal de la Seine*, en date du 12 décembre 1936 (Dufour c. Enregistrement), Gazette du Palais, 1937, n° 3, p. 348, pose en principe que « le prix qui sert de base à la perception du droit de marché doit s'entendre de *tout ce que l'entrepreneur reçoit en retour* de ses fournitures ou travaux, sans qu'il y ait à distinguer entre les diverses catégories d'obligations résultant du contrat et qui forment un *tout indivisible* ». Ceci ne visait pas plus la question, sinon pas le fait que tous les éléments susceptibles d'éclairer la Régie sur le montant exact du « prix des fournitures » devront être retenus.

Nous en avons vu les difficultés, quasi insolubles, si on ne retient pas le prix de revient en tant que charge certaine incombant au concessionnaire.

CHAPITRE IV

Essai de définition du prix du marché dans le contrat de concession

SECTION I. — DE LA DIFFICULTÉ DE SAISIR PAR L'APPLICATION DU DROIT DE MARCHÉ LE MONTANT DES OBLIGATIONS, DANS LA CONCESSION DE SERVICE PUBLIC

La concession de service public comprend à la fois un marché de fournitures, un marché de travaux publics, et un marché de concession proprement dite du service public.

Si ces éléments pouvaient être séparés dans le contrat, l'application du droit de marché serait simple.

Or, ils s'enchevêtrent les uns les autres : le concessionnaire n'est pas en général rémunéré directement pour ses prestations de fournitures ou de travaux, c'est l'exploitation de son monopole et les bénéfices qu'il en retirera sur les usagers qui serviront à couvrir les prestations ; la collectivité concédante, ne paie en général qu'une faible part de celles-ci, et se décharge du soin de payer sur les usagers ; c'est là, l'intérêt premier de la concession.

Comment dès lors, évaluer ces fournitures et travaux ?

Le Code de l'Enregistrement pose le principe de l'évaluation estimative par les parties.

Nous avons vu au chapitre précédent, la controverse qui s'élève à propos de l'évaluation des fournitures ; quant

aux travaux à effectuer pour le compte de la personne publique, la difficulté est résolue et pourrait l'être dans le même sens pour les fournitures : la taxation se fait sur l'estimation des travaux, sans tenir compte de la rémunération du concessionnaire.

La concession de travaux publics est taxée en effet sur la simple valeur des travaux, indépendamment des profits tirés de la concession, et de la perception des taxes. Elle se fait comme le dit si bien M. Dublineau sur « l'enrichissement de la commune ».

Notons qu'elle correspond alors parfaitement au caractère originaire du droit de marché, à son but premier, qui était de frapper « les intérêts particuliers des collectivités ».

Si l'on s'en était tenu à ce stade, à cette doctrine ferme et absolument dans la ligne de la loi, les difficultés ne seraient pas nées.

SECTION 2. — L'INDIVISIBILITÉ DU CONTRAT DE CONCESSION

La doctrine administrative en a été proclamée par divers arrêts de la fin du siècle dernier :

Cass. Civ. 5 février 1889, D. P. 1889.1.198.

Cass. Civ. 20 mai 1890, D. P. 1890.1.349.

Cass. Civ. 7 décembre 1898 S. 1899.1.246 (Compagnie Générale des Eaux c. Enregistrement).

Elle s'est affermie depuis, et a fixé la nature juridique de la concession de service public.

Cass. Civ. 4 février, D. P. 1925.1.200.

Cass. Req. 11 décembre, D. H. 1930, p. 33.

La jurisprudence établit avec force l'unité du contrat de concession, dont les dispositions sont dépendantes les

unes des autres ; elles sont « reliées entre elles par une corrélation nécessaire ».

Nous n'avons pas à examiner ici le fondement solide de cette doctrine, ni le progrès qu'elle a fait faire à l'idée même de la concession, en rendant plus rigoureuses les obligations du concessionnaire. Mais, c'est cette doctrine qui a influencé les Tribunaux quant à la perception du droit de marché, et de la façon suivante : les obligations du concessionnaire étant multiples, dépendantes les unes des autres, elles se compenseraient réciproquement, une obligation « déficitaire » étant comblée par une obligation rémunératrice, en l'espèce, la fourniture de prestation par le monopole. Peu à peu l'idée du prix de la concession s'est dégagée, au plus grand dam du vieux droit de marché.

SECTION 3. - LA NOTION DE « PRIX DE LA CONCESSION » SUPPLANTE CELLE DU PRIX DU MARCHÉ

Il était devenu impossible à la jurisprudence de considérer isolément dans la concession de service public l'élément marché.

On se demande encore pourquoi, étant donné que le droit de marché n'a été nullement prévu pour frapper le prix d'une concession, qui renferme beaucoup plus que la valeur intrinsèque des prestations puisqu'on y trouve les bénéfices du concessionnaire, que l'on cherche alors à taxer.

Quand l'élément d'un acte est soumis à un droit d'enregistrement si l'acte lui-même n'est pas frappé — le cas est théorique et a été oublié par la loi fiscale la disposition taxable comprise dans cet acte n'échappe pas à la

taxation. Il est d'ailleurs un autre principe d'Enregistrement, que les actes sont taxés par analogie, quand ils ne sont pas taxés eux-mêmes ou prétendent échapper à la taxation.

D'ailleurs, l'extension du prix du marché qu'a tendance à faire la jurisprudence, ne saurait être critiquée si l'on envisage seulement la valeur des prestations, l'obligation du concessionnaire de livrer ou de construire ; elle peut être attaquée au contraire, quand on envisage l'ensemble des obligations du concessionnaire, y compris celle d'exploiter. L'impôt sur le revenu y suffit.

Considérons en effet l'évolution à son terme.

Elle nous est donnée par un arrêt de la Cour de Cassation tout récent du 15 mars 1937 déjà cité (Secteur Electrique de la Brie) et qui nous livre toute la pensée des magistrats de la Cour Suprême.

Le droit de 1,50 % est reconnu applicable à la convention passée par une commune et une société pour l'établissement d'un service de distribution d'électricité, et « sa liquidation est déterminée par le prix ou l'évaluation de l'ensemble des travaux et fournitures mis à la charge de l'entrepreneur au profit de la commune, *qui forment le paiement de l'avantage à lui procuré par le contrat* ».

C'est par ce moyen, par la recherche de l'avantage stipulé au profit du concessionnaire, que la Cour va se baser pour calculer le prix du marché.

Mais ce prix, ainsi déterminé, ne va certes plus représenter la valeur des travaux et fournitures, il va représenter le prix de la concession, nécessairement supérieur au prix des prestations, puisqu'en contre-partie des avantages ainsi laissés qui se traduisent en argent, le concessionnaire

assume une obligation supplémentaire, celle d'exploiter le service public.

Il y a là deux obligations parfaitement distinctes, et que l'on doit séparer pour appliquer le droit de marché sur l'une d'elles, l'obligation des prestations : le droit de marché n'a pas été institué pour taxer la concession, mais les prestations qui y sont contenues.

Les bases, d'ailleurs manquent totalement pour rechercher le « prix de la concession » ; c'est raisonner, il le semble, à tort, que d'invoquer comme seule contre-partie des avantages stipulés, l'obligation des prestations.

Voici alors quelles conclusions les interprètes de cet arrêt en tirent (Recueil Civil et Notarial des Juris-classeurs, 1937, p. 264) ; nous nous permettons de les citer, afin de mieux juger quelle orientation cette jurisprudence est susceptible de prendre : « Le mot « paiement » employé ici par la Cour doit être entendu au sens « de contre-partie » imposée au concessionnaire de l'avantage exclusif du monopole de fait que lui confère temporairement le contrat de concession. C'est *cet avantage qui constitue le prix de la concession*, qui est elle-même, une sorte de marché « sui generis » dont les conditions et les modalités d'exécution sont régies par le Droit Public... C'est là une particularité qui est trop souvent perdue de vue. Le prix du contrat de concession résidant essentiellement dans l'avantage que confère au concessionnaire le privilège exclusif pendant la période déterminée, d'exploiter dans un certain périmètre un réseau de distribution d'énergie électrique ; c'est la valeur de ce monopole de fait qui doit servir d'assiette au droit proportionnel de 1,50 %... »

Le commentateur après avoir posé ce principe, qui découle de la doctrine de la Cour, n'en cache pas les difficultés, et admet même l'impossibilité de saisir les bénéfices nets du concessionnaire.

Le prix de la concession sera déterminé par la valeur des prestations de travaux ou de fournitures, par « l'évaluation des objets qui en seront susceptibles », pour reprendre les mots mêmes du Code de l'Enregistrement.

Autant alors, un peu plus parler du « prix de la concession ». Si cette doctrine est moins dangereuse, dans son application que dans sa forme originelle, elle reste dangereuse par son existence même, et par les conclusions que la jurisprudence pourrait en tirer dans l'avenir.

A notre avis, elle ne se justifie en aucun point, seule l'évaluation du marché est taxable au droit de 1,50 % dans le contrat de concession, comme nous l'avons montré précédemment.

Il y a peut-être là d'ailleurs, un simple défaut de terminologie, la recherche du prix de la concession ne devant pas signifier autre chose que l'évaluation des fournitures et travaux, en fonction de leur rémunération directe par le prix fixé, ou indirecte par les avantages laissés.

SECTION 4. — *L'ÉTABLISSEMENT DU PRIX DU MARCHÉ* *DANS LE CONTRAT DE CONCESSION*

La recherche des éléments taxables du contrat de concession doit s'arrêter, selon nous, à l'évaluation des fournitures et travaux, qui sont reconnus par la jurisprudence comme faits pour le compte de la personne publique concédante.

Vouloir imposer davantage, frapper par exemple, les bénéfices du concessionnaire qui résultent de l'exploitation du monopole, nous paraît sortir de l'application normale et légale du droit de marché.

En dépit des complications et des véritables imbroglios où peuvent tomber les interprètes de l'application du droit de marché au contrat de concession, les positions peuvent être nettement distinguées.

Deux ordres de théories s'opposent, comme nous avons pu le laisser prévoir, et forment le fond de ce que nous pourrions appeler *la querelle doctrinale*.

D'un côté, les partisans de la taxation sur l'enrichissement de la commune, dont la principale voix reste celle de M. Dublineau, soutiennent que le droit de marché a été établi pour taxer les intérêts particuliers des collectivités, le patrimoine mobilier ou immobilier dont elles s'enrichissent par la passation de marchés de travaux ou de fournitures : ils restreignent la taxation au marché de prestations contenu dans la concession.

De l'autre côté, des auteurs rangés autour de M. Maguero, de même que l'Administration de l'Enregistrement, soutiennent l'application du droit de marché sur la rémunération du concessionnaire, sur tout ce qui lui profite en retour de ses obligations ; cette seconde théorie laisse d'ailleurs place à deux interprétations très différentes, selon que l'on envisage la contre-partie des obligations relatives aux travaux et fournitures, ou la contre-partie de l'ensemble des obligations du concessionnaire, y compris celle d'exploiter le service public ; dans ce dernier cas, c'est le prix de la concession, et non plus du marché dont il s'agit.

On a souvent parlé de l'équilibre économique du contrat de concession, comme de l'équilibre de tous les con-

trats synallagmatiques dans lesquels l'obligation d'une partie a pour cause l'obligation de l'autre partie.

Ces deux obligations sont nécessairement égales entre elles puisqu'elles sont l'une pour l'autre leur contre-partie nécessaire, faute de laquelle le contrat est résolu. Dans les contrats simples, comme la vente ou le bail, ou le marché ordinaire, un prix est stipulé qui permet de dire le prix du contrat. Or, dans le contrat de concession, il n'y a pas de prix, et sa recherche est fort difficile du fait de l'existence d'avantages incorporels accordés au concessionnaire et qui se résument dans la faculté qui lui est laissée d'exploiter en monopole le service public dont il assume la charge, et de percevoir à cette occasion des taxes sur les usagers.

Il reste à établir si la loi a voulu par le droit de marché de 1,50 % frapper l'ensemble de la concession, le prix de la concession, évalué en tenant compte, non seulement de ce qui est payé directement au concessionnaire, mais aussi de ce qui lui est payé indirectement par les usagers.

Nous ne le croyons pas, et l'expression du Code de l'Enregistrement est assez précise pour ne comprendre que les marchés faits par les communes, départements et établissements publics, (cf. supra).

D'ailleurs, les moyens d'investigation mis à la disposition de la Régie, par le Code lui-même, ne comprennent que l'évaluation des fournitures et travaux « qui en seraient susceptibles », et nous ne parlons pas de la quasi impossibilité qu'il y aurait à rechercher ou à évaluer la rémunération que la collectivité concédante a voulu laisser au concessionnaire, comme contre-partie de son obligation d'exploiter.

Les arrêts de la jurisprudence s'accordent au surplus pour exclure de la façon la plus affirmative, les bénéfices

nets du concessionnaire. Il s'agirait alors de rechercher ce que lui a coûté l'exploitation, ou ce qu'elle lui coûtera, évaluation impossible au moment de la passation du contrat.

On en viendrait ainsi à taxer le service assuré aux usagers, et par une extension vraiment large de l'idée de représentation communale ou départementale, les intérêts particuliers des usagers devraient être taxés, à l'instar des intérêts de la commune.

Le marché que chaque particulier serait censé avoir fait avec le service de distribution du gaz, par exemple, serait taxé. Et alors, il ne faut pas oublier, comme il le sera montré dans un des appendices de cette étude, que ces marchés eux-mêmes sont taxés au tarif d'enregistrement des ventes mobilières.

Il y a là, une superposition de taxation qui est insoutenable.

A considérer donc d'un côté, ce qui profite au concessionnaire, de l'autre, ce qui profite à la commune, et spécialement les travaux et les fournitures, il n'y a pas équilibre dans le contrat parce qu'on en exclut le service rendu à la ville ou au département qui se sont déchargés du service public sur un particulier.

Si le droit de 1,50 % ne doit pas s'appliquer à la valeur du monopole, et c'est ce que nous soutenons ici, il importe peu de chercher à évaluer le « prix du marché » du côté du concessionnaire ou du côté de la collectivité concédante.

Si le prix des fournitures et des travaux fixé dans le cahier des charges ne correspond pas à la valeur de ces prestations, l'Administration fiscale sera libre de se tourner du côté du concessionnaire, et de rechercher dans sa rémunération les éléments *certain*s qui le rétribuent de ses

prestations. Ils ont été prévus dans le cahier des charges et leur caractère de certitude, le fait même que les parties l'aient envisagé, conduit à considérer pour établir ce complément de valeur, la rémunération du concessionnaire.

Les Tribunaux semblent l'avoir compris, mais partiellement seulement, et il reste souhaitable qu'ils en fassent une application plus large, dans la taxation au droit de marché.

Des exemples ont été passés en revue lorsqu'il s'agissait de travaux supplémentaires prévisibles, ou de travaux que le concessionnaire devait songer à amortir, même dans le cas d'une simple faculté de reprise du concédant, en fin de concession.

Les travaux et fournitures qui sont rémunérés et doivent être amortis, sont susceptibles d'entrer dans le calcul du prix du marché ; telle est notre position, elle repose principalement sur le point de vue du dessaisissement pour les fournitures, et de l'amortissement pour les travaux ou les terrains à acquérir.

Doit alors être considéré comme devant être amorti, tout ce qui, dans un certain laps de temps *peut* sortir du patrimoine du concessionnaire par le simple jeu du cahier des charges de la concession.

Si le prix du marché doit se restreindre à la valeur des fournitures et des travaux, des « objets » qui en seront susceptibles, selon que s'exprime le Code, il y a lieu, pour cette détermination, de se tourner aussi bien du côté du prix exprimé, que de tous les débours qui doivent rester à la charge du concessionnaire.

Le problème est simple, et on l'a beaucoup compliqué, pour ne pas dire faussé, en mettant en contre-partie des

prestations; la totalité des avantages consentis au concessionnaire.

Dans un arrêt récent du 12 décembre 1936, le Tribunal Civil de la Seine a admis la taxation sur « tout ce que l'entrepreneur reçoit en retour *de ses travaux ou fournitures* ».

Mais ce n'est pas à dire qu'il faille attribuer à ces travaux ou fournitures, une valeur qu'ils n'ont pas ; ils restent l'élément essentiel et de base de l'application du droit de marché.

TITRE II

La perception d'autres droits d'enregistrement à l'occasion du contrat de concession

LA THÉORIE DES DISPOSITIONS DÉPENDANTES ET INDÉPENDANTES

La concession de service public est frappée principalement par le droit de marché de 1,50 %, dans les conditions qui viennent d'être passées en revue et discutées ; mais le caractère artificiel de cette taxation, non appropriée à la nature juridique si spéciale de la concession, a autorisé l'Administration de l'Enregistrement à dégager dans le contrat signé pour l'exploitation d'un service public, un certain nombre d'obligations qui elles-mêmes considérées isolément, sont taxables au droit d'enregistrement approprié.

Nous avons pour but, dans ce 2^e titre, de la première partie de notre étude, de rechercher à la lumière de la jurisprudence et du droit les éléments, qui, séparables de la concession proprement dite, sont taxables à un droit particulier : tel sera le cas du bail, de la vente, du cautionnement, par exemple, inclus dans un contrat de concession.

Le cas des redevances pour occupation du domaine public, nous arrêtera plus longtemps : l'intérêt qui s'y

attache est grand, et vient à la fois des hésitations de la jurisprudence en pareille matière, et de la contribution qu'une étude attentive de la question permet d'apporter à la théorie de la concession de service public.

Auparavant, et avant de commencer cette étude, une théorie très importante de l'Enregistrement est à rappeler, celle des dispositions dépendantes et indépendantes.

Elle commande toute notre matière, car selon que les dispositions taxables à des droits particuliers seront reconnues dépendantes ou non, du contrat principal, elles seront exemptes, ou au contraire grevées de droits particuliers.

Un argument de logique et de justice est à la base de cette théorie : l'impôt ne doit pas frapper deux fois la même matière imposable. En matière d'Enregistrement, la matière imposable est le fait juridique, qu'il s'agisse du droit d'acte ou du droit de mutation ; une délimitation, une définition exacte des faits juridiques de la vie courante s'impose, afin de les saisir à la fois, dans toute leur complexité et dans toute leur unité.

Les difficultés rencontrées, tant par la jurisprudence, que par la doctrine, pour établir des principes de recherches du « fait juridique » ont été très importantes, et il a fallu un lent travail d'élaboration au contact des faits — il a duré plus d'un siècle et dure encore — pour établir des principes certains, sinon pour en tirer des applications toujours rigoureuses.

L'énoncé de la théorie générale se trouve dans l'ancien article 11 de la Grande Loi de Frimaire an VII, texte fondamental de l'Enregistrement ; cet article figure à l'article 6 du Code de l'Enregistrement, et est ainsi libellé : « Lorsque dans un acte quelconque..., il y a plusieurs dispositions indépendantes, ou ne dérivant pas nécessairement les unes

des autres, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce un droit particulier ».

Le principe complémentaire de la perception unique, quand il existe, pour un même acte, plusieurs dispositions ayant entre elles un lien nécessaire, est formulé dans la loi ou plutôt peut être induit de l'art. 5 du Code (ancien art. 10, loi 22 Frimaire, an VII) qui en fait une application au contrat de vente.

Le principe posé fut d'une application difficile, en raison de la reconnaissance du caractère de nécessité indiqué par la loi : selon que les tribunaux le recherchaient du côté des parties, subjectivement si l'on peut dire, ou dans l'acte lui-même, par une analyse objective de l'acte, les solutions différaient.

A priori, il est d'ailleurs aisé de se douter que l'« animus » des parties au contrat est singulièrement extensible en pareille matière, et il l'est nécessairement du fait que les obligations fixées se tiennent toujours et sont indivisibles, dans l'esprit même des parties ; d'un autre côté s'en remettre à une analyse objective de l'acte — la pratique a eu tôt fait de le montrer — eût été restreindre le nombre des actes juridiques à ceux mentionnés par le Code, et en tous cas, appliquer le Code Civil aux rapports du droit public.

Le système adopté par la jurisprudence est mixte, et fait la part des deux éléments de recherches.

Un arrêt de la Cour de Cassation a fixé définitivement les Cours et les Tribunaux ; il date du 21 août 1871 (S. 1872-1-441 ; D. 1873-1-81). Un litige s'était élevé entre les parties et l'Enregistrement à propos de la perception des droits sur un contrat de mariage. Celui-ci contenait une donation faite à la jeune fille, d'immeubles situés en Russie, une

réserve d'usufruit étant constituée par les parents de la future épouse, qui, en contre-partie, se voyait attribuer une rente viagère par les réservataires.

Lorsque l'acte fut présenté à l'Enregistrement, l'Administration réclama le droit sur la donation d'immeubles à l'étranger, qui était alors le droit fixe de 10 fr. et réclama en même temps le droit proportionnel de 1,25 % sur le capital correspondant à la constitution de la rente viagère.

Les parties refusèrent de payer ce dernier droit, alléguant l'unité de l'opération, la rente viagère étant dépendante de la réserve d'usufruit dont elle formait la contre-partie, celle-ci étant d'ailleurs une modalité de la donation.

La Cour de Cassation donna raison à l'Administration de l'Enregistrement, déclarant qu'il y a en réalité, deux opérations et deux dispositions indépendantes, une donation d'immeubles avec réserve d'usufruit et le versement d'une rente viagère.

Il ne suffit pas d'une liaison dans l'intention des parties, mais il faut que, prises *in abstracto*, les dispositions concourent ensemble à un système d'obligations dépendantes.

Les deux conditions doivent être réalisées : dépendance dans l'intention des parties, et dépendance objective, c'est-à-dire, liaison intime des différentes obligations.

Dans l'espèce, la Cour eut raison de ne pas voir de lien de dépendance *in abstracto*, entre des dispositions d'un contrat de mariage qui ne se commandent pas les unes les autres, et dont l'existence indépendante peut être parfaitement envisagée.

Telles sont les positions de la jurisprudence, et de la doctrine depuis le dernier quart du siècle dernier : elles n'ont pas varié depuis et paraissent satisfaisantes ; toute-

fois, l'application de ces principes est souvent difficile, parfois même il est impossible de discerner si les obligations sont dépendantes ou indépendantes les unes des autres.

Notre rôle n'est pas de rentrer dans les discussions subtiles qui s'élèvent à propos de l'interprétation des contrats de droit privé, et qui viennent de ce que dans les rapports entre particuliers, les opérations passées sont d'une grande complexité et ne correspondent pas à des types de contrats définis objectivement : il y a des obligations dépendantes les unes des autres qui, sans épouser la forme générale d'un acte juridique déterminé constituent néanmoins un acte qui a son unité juridique particulière.

Dans le droit public et spécialement dans les contrats portant concession d'un service public, les notions juridiques sont plus précises, puisqu'elles répondent à des besoins essentiellement collectifs, la satisfaction des usagers, l'exploitation d'un service public. Les particuliers ne peuvent, quand ils deviennent concessionnaires, s'éloigner de cette emprise, et ceci est beaucoup plus important, ils ne peuvent exploiter leur concession que si certaines conditions sont réalisées, certaines autorisations qui font partie intrinsèque de la concession. C'est donc vers la recherche des *éléments intrinsèques de l'acte de concession* que l'on doit s'orienter pour apprécier si tel élément du contrat y est contenu.

La notion de « service public » permettra de déterminer la dépendance ou l'indépendance des obligations, suivant que cette notion générale comprendra telle obligation du cahier des charges, on devra considérer l'obligation dont il s'agit comme dépendante.

Au contraire, si, le service public peut se concevoir sans l'obligation envisagée, si son fonctionnement — en tant

que service public général, en est indépendant, l'obligation devra être considérée comme indépendante, et soumise à un droit particulier.

Pratiquement, la théorie des faits dépendants et indépendants se résout par une perception unique au cas où les obligations sont reconnues dépendantes, et par des perceptions multiples et à des droits appropriés au cas où les obligations sont reconnues indépendantes.

A chaque fait juridique doit correspondre une perception particulière ; la difficulté, nous l'avons vu, vient de ce qu'il existe un enchevêtrement des faits juridiques, plus complexe en droit privé d'ailleurs qu'en droit public, tout spécialement pour la matière des concessions de service public. Plusieurs faits juridiques contenus dans un même acte, donnent lieu à la perception de plusieurs droits ; mais lorsque des dispositions sont unies par un lien de dépendance, elles ne sont passibles que d'un droit unique, qui est celui de *la disposition principale*.

Soit une vente par abandon d'un immeuble, moyennant constitution de rente viagère ; fera-t-on payer le droit de mutation immobilière de 13,50 %, ou le droit sur la constitution de rente ?

Il y a une seule opération, un seul fait juridique. L'Administration a longtemps soutenu la perception au droit le plus élevé, mais actuellement cette position est battue en brèche, et il est aujourd'hui reconnu que la disposition principale est celle dont l'objet est le plus important « d'après la nature de l'acte et le but poursuivi par les parties » (Dublineau).

En règle générale on considère comme principale la stipulation, qui a pour objet la transmission d'un corps

certain, et comme accessoire celle qui a pour objet des sommes et des valeurs.

Dans le doute on admet que l'Administration frappe au droit le plus élevé. Soit dans une concession de service public, l'obligation de créer et d'exploiter le service public, et la mise à la disposition du concessionnaire d'une partie du domaine public, contre paiement d'une redevance : si ces dispositions sont reconnues dépendantes, un seul droit sera perçu : sera-ce le droit de marché ou le droit de bail ?

A n'en pas douter, l'obligation de fournir des prestations étant dans le contrat de concession beaucoup plus importante que celle de la personne publique de mettre à la disposition du concessionnaire une partie du domaine, le droit de marché seul sera applicable.

Ce qui peut sembler paradoxal, c'est que la concession d'exploitation du service public elle-même n'est pas normalement taxée, malgré les efforts et les tentatives de la Régie ou de certaine jurisprudence.

Le Code de l'Enregistrement ne frappe que le marché inclus dans la concession, et celle-ci ne se réduit pas à un simple marché ; il paraît difficile d'arguer de la nature juridique de la concession pour rejeter l'application d'un droit particulier, comme celui du bail, qui, s'il peut paraître dépendant de la concession, n'est pas dépendant du marché.

Nous nous contentons de poser la question à cette place, pour en montrer l'intérêt, nous réservant d'y répondre dans l'étude particulière qui sera faite de la question.

CHAPITRE I

Des clauses indépendantes contenues dans la concession de service public

Nous n'examinerons que les droits perçus le plus usuellement et pour la perception desquels des difficultés peuvent s'élever.

Dans ce premier chapitre, des questions simples seront seules envisagées, pour lesquelles l'indépendance des obligations contenues dans l'acte de concession ne fait pas de doute en général, et ne prête pas à discussion ; elle s'impose à l'esprit, aussi bien au regard de la concession de service public que du marché qui y est contenu, et que seul, l'Enregistrement frappe.

Dans un deuxième chapitre au contraire, nous verrons que des clauses relatives à l'occupation du domaine public, qui sont indépendantes relativement au marché, sont dépendantes de la concession de service public, et peuvent ainsi prêter à une discussion très sérieuse.

SECTION 1. — *LE DROIT DE CAUTIONNEMENT*

L'espèce est simple ; à côté du marché ou de la concession est stipulée, dans le contrat, une obligation de cautionnement à la charge du concessionnaire, indépendamment du droit auquel est frappé la disposition principale

(art. 360 Code de l'Enregistrement) ; ce cautionnement est assujetti à un droit variable suivant les catégories de cautionnement.

L'application et le tarif en sont réglés par les articles 360 à 364 inclus du Code de l'Enregistrement.

Les cautionnements relatifs aux adjudications et marchés pour constructions, réparations, entretien, approvisionnements et fournitures dont le prix doit être payé directement par le Trésor Public sont assujettis à un droit de 0,75 % (art. 362), le droit était auparavant de 1,50 %, mais il a été réduit à 0,75 % par un décret du 30 octobre 1935 (R. E. 1936, art. 10496) et mis ainsi au niveau des droits sur les cautionnements des autres marchés.

Par contre ceux relatifs à des marchés de toute nature passés en France par une autorité administrative pour le compte des colonies ou pays de protectorat, et dont le prix doit être payé par les budgets locaux sont assujettis à un droit de 0,40 %.

Quant aux cautionnements des marchés dont le prix est payable par des personnes publiques autres que le Trésor (Départements, communes, établissements publics); ils restent soumis au tarif des cautionnements de marchés entre particuliers (art. 360) au droit de 0,75 %.

Le droit de cautionnement est donc unique pour tous les marchés, étant de 0,75 %, sauf pour les marchés coloniaux.

Le cautionnement étant limité à une certaine somme, le calcul du droit est fait en raison de cette limitation ; le cautionnement de l'associé est soumis au droit fixe.

Enfin, sans vouloir anticiper sur notre deuxième partie, toute cession de cautionnement est soumise au droit qui

frappe les cessions de créance, telles qu'elles sont définies à l'art. 423 du Code de l'Enregistrement.

L'imposition des *substitutions de caution* en cours de marché de concession, donne lieu à discussion ; si l'on applique les principes généraux du droit fiscal, un nouveau droit proportionnel de cautionnement est exigible (cf. Inst. Générale de l'Administration, 290, parag. 12) par assimilation à la substitution d'entrepreneur. M. Maguero soutient que dans le cas de substitution d'entrepreneur, le cautionnement n'est passible que du droit fixe ; il s'appuie sur la loi du 22 Frimaire, an VII, art. 69, parag. 2 n° 8, texte repris dans l'art. 360 alinéa 2, du Code, qui stipule que le droit de cautionnement ne peut excéder le droit dû sur la disposition principale.

Or, un jugement du Tribunal Civil de la Seine, en date du 2 février 1906 établit la responsabilité solidaire du nouveau et de l'ancien entrepreneur, dans le cas d'une cession de marché ou de concession ; il n'y a donc pas novation, l'obligation du premier entrepreneur restant principale, au même titre que celle du nouvel entrepreneur.

La substitution de caution n'existe donc pas.

Pour de plus amples détails sur cette question des substitutions de cautionnement, nous renvoyons aux observations contenues sous l'article 4.060 de la Revue de l'Enregistrement, et à la note de M. Wahl sous un arrêt paru au Sirey de 1909.11.127.

SECTION 2. — LES DROITS DE MUTATION IMMOBILIÈRE

Une concession peut comprendre en plus des obligations courantes, du concessionnaire, un acte juridique de vente, soit mobilière, soit immobilière. L'indépendance des

clauses ne peut être mise en doute, la concession en elle-même pouvant parfaitement être considérée indépendamment des transmissions de biens qui peuvent y être adjointes ; la vente n'est pas un élément essentiel de la concession, elle peut la favoriser c'est entendu, mais le service public n'en existerait pas moins, indépendamment de la transmission du bien.

Aussi c'est à juste titre que l'Administration de l'Enregistrement exige la perception du droit de mutation, soit mobilière, soit immobilière, suivant la nature des biens transmis.

Le droit de mutation immobilière depuis le 1^{er} janvier 1938 est de 13,50 % du prix de vente. Le droit de mutation mobilière est de 7 % (décret du 14 mars 1937).

A partir du 1^{er} janvier 1938, la surtaxe de 1,25 % ou de 2,50 %, selon que la vente est comprise entre 300.000 et 500.000 francs, ou supérieure à 500.000 francs, s'ajoute au droit de mutation immobilier qui y sont afférentes.

Il importe de constater que le droit du concessionnaire, peut apparaître comme un droit mobilier, c'est du moins, l'état d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine. (Cass. Civ. 6 février 1911, thèse Carayon, Paris 1934, et dans le même sens l'arrêt du Conseil d'Etat du 24 janvier 1934, Société de l'Ouenza avec les conclusions présentées de MM. Blaevoet et Alibert).

Si un certain nombre d'auteurs et de tribunaux, le Conseil d'Etat, envisagent le droit du concessionnaire comme un droit incorporel mobilier (cf. « Cession de concession » thèse Carayon, 2^e partie, chapitre II), les attributions de terrains ou d'installations ne peuvent être taxées au prix des mutations immobilières quand elles font l'objet d'une cession.

On ne pourrait concevoir qu'une personne publique vende à un concessionnaire des bâtiments ou un terrain pour y édifier des constructions, si le droit du concessionnaire est essentiellement provisoire et personnel.

Toutefois, une vente dont l'objet ne rentrerait pas directement dans l'exploitation du service public constituerait un acte indépendant, soumis au droit de vente.

Autrement, l'analyse du cahier des charges de la concession, doit faire ressortir *l'attribution finale, en fin de concession* des terrains et immeubles. Si ceux-ci font retour au concédant, il ne peut y avoir eu vente si le retour est gratuit ; si le retour se produit moyennant paiement d'une indemnité, il y aura lieu à la perception du droit d'Enregistrement sur les indemnités et obligations de toute nature ; nous avons même vu qu'au cas de retour facultatif, le droit du concessionnaire est suspendu jusqu'à l'option du concédant ; c'est donc en fin de concession que, s'il y a lieu, le droit de mutation sera perçu, et nous ne pouvons qu'en renvoyer l'étude à un chapitre ultérieur où il sera traité des droits à payer au cas de rachat anticipé où de fin normale de la concession.

Signalons qu'un certain nombre de tribunaux et d'auteurs par contre donnent au concessionnaire un droit immobilier sur les immeubles de la concession ; parfois aussi, et c'est la jurisprudence civile la plus récente (affaire de la Société Gesté-Villedieu, Cassation Civ. 24 février 1936 cf. infra) les magistrats s'ingénient à décomposer le droit du concessionnaire suivant les objets sur lesquels il porte, et à en faire une synthèse hybride de droits particuliers, à la fois mobiliers et immobiliers.

SECTION 3. — LE DROIT DE BAIL

Il est établi par l'art. 354 du Code de l'Enregistrement, et frappe le prix cumulé de toutes les années du bail, ainsi que les charges.

De 0,80 %, il est passé à 1 %, dans le décret du 8 juillet 1937.

Il est payable par périodes, lorsque le bail est lui-même à périodes, et par périodes triennales, lorsque le bail est à durée fixe, ce qui est le cas le plus fréquent en matière de concession (art. 130 et 131).

Le droit frappe notamment « les baux à ferme ou à loyer des biens meubles ou immeubles, les sous-baux, subrogations, cessions et rétrocessions de baux ».

Le droit de bail est perçu accessoirement au droit de marché, toutes les fois que dans le contrat de concession, des immeubles ou des meubles sont mis à la disposition du concessionnaire par la personne publique concédante ; nous n'envisageons principalement que l'occupation du domaine privé des communes ou des départements, l'occupation du domaine public étant étudiée dans le chapitre suivant, et prêtant beaucoup plus à discussion.

Quand une personne publique met à la disposition d'un concessionnaire une partie de son domaine privé la question à résoudre pour l'application du droit de 1 % est celle de l'indépendance du bail par rapport à la concession du Service Public. Si cette indépendance est reconnue, il y aura lieu à perception.

Il est des cas où le service public est affermé, c'est-à-dire que le cahier des charges stipule une simple redevance à payer annuellement au concédant, et où l'élément marché ne figure pas dans le contrat.

Une ville par exemple affermera à une société, ou à un particulier concessionnaire, l'exploitation d'une source thermale, ou d'un établissement de bains sur les plages, ou même, tant va en s'élargissant la notion du service public, des installations sportives, un stade, une piscine.

Comme il n'y a aucun marché conclu, de fournitures ou de travaux, le droit de marché ne peut être perçu ; d'autre part, un tel contrat présente tant d'analogie avec un contrat civil de bail, que l'Administration de l'Enregistrement et la jurisprudence ont posé le principe de la taxation au droit de bail sur le montant cumulé des redevances.

Un arrêt de la Cour de Toulouse, en date du 19 février 1919 (Sirey 1922, 11.89) s'est toutefois opposé à cette application.

Il s'agissait en l'espèce d'une concession d'exploitation de source thermale, que la Cour a refusé d'assimiler aux baux à loyer ordinaires. Dans sa note au Sirey, M. Mestre montre la difficulté d'appliquer à un contrat d'exploitation de service public, un droit établi pour des baux ordinaires, et M. Berthelemy dans son traité de Droit Administratif, s'il critique l'attitude de la Cour de la Haute-Garonne, met en relief la difficulté que présente la taxation au droit de bail, bien qu'elle ne fasse pas de doute pour lui : « Ces concessions de service public, dit M. Berthelemy, sont au regard du droit usuel, de véritables baux ; toute ferme est un bail, affermer c'est louer. Mais il faut admettre que ces baux sont compliqués d'une opération administrative puisque le fermier s'il a le droit de toucher l'intégralité des produits, est substitué à l'Administration Publique pour l'exécution du service »,

Peut-on louer un service public ? telle est la question qui se pose, et rend difficilement assimilable, à un contrat de bail ordinaire, l'affermage d'une concession.

Quoiqu'il en soit, les tribunaux et l'enregistrement frappent les redevances dont il s'agit au droit de bail ; mais nous croyons l'assimilation très imprécise, pour ne pas dire fausse. Et, quant à l'application du droit de marché elle ne peut se faire qu'au prix d'une interprétation extensive de l'art. 398 du Code de l'Enregistrement que nous déjà combattue.

Le droit de marché paraît seulement applicable aux marchés de travaux ou de fournitures visés par l'article précité. Il arrive fréquemment que des constructions soient stipulées en même temps que l'acte de bail : deux obligations coexistent alors, et il apparaît nécessaire de juger leur dépendance mutuelle, avant de les taxer.

Deux hypothèses sont à distinguer : ou bien le prix du marché est payé, accessoirement au loyer stipulé, ou bien ce prix n'est pas payé, et se retrouve en diminution dans le loyer, dont le montant peu élevé compensera une charge apparemment gratuite.

Dans ce dernier cas, seul, le droit de bail de 1 % est perçu, et le marché est considéré comme accessoire du bail ; son montant toutefois doit venir augmenter le loyer consenti.

Dans le premier cas au contraire, le prix du marché est taxable au droit de 1,50 %, mais le bail reste soumis au droit de 1 %, étant considéré comme clause indépendante du marché.

Deux arrêts rapportés à la Revue de l'Enregistrement (Bayonne 30 juillet 1913, art. 5977 et Bayonne 5 février 1916, art. 6653) étendent l'imposition particulière du mar-

ché à des cas où les constructions étant trop importantes, ne peuvent être considérées comme de simples charges du bail.

Au cas, toutefois, où le concessionnaire a la simple faculté de construire, le droit de marché n'est pas dû, mais simplement le droit de bail ; c'est la même règle que nous voyons appliquer lorsque les constructions sont peu importantes, et qu'elles sont considérées ainsi que nous l'avons dit, comme des charges accessoires du bail (cf. R. E., art. 1659, et Bordeaux 26 novembre 1900, R. E., art. 2578).

La comparaison du loyer exprimé et de la valeur locative sert d'ailleurs toujours à l'Administration et aux Tribunaux pour déceler le caractère réel du contrat. Assez facilement donc, le bail peut être considéré comme élément principal du contrat.

Un exemple encore en est fourni par un jugement du Tribunal de Chambéry en date du 10 mars 1920 (Journal de l'Enregistrement 28.075) relatif à une concession de travaux publics, où le bail a été considéré comme disposition principale, suivant les circonstances particulières à l'espèce ; il s'agissait en effet d'une convention passée par une commune, avec un entrepreneur de force électrique, auquel la personne publique concédait ses droits de riveraineté, sur un cours d'eau, à charge de fournir de l'éclairage à la commune ; le tribunal s'est basé sur le fait que l'abandon des droits de riveraineté était le « complément d'autres cessions de même nature consenties par les communes voisines en vue de l'utilisation des eaux du même cours d'eau pour des opérations favorables aux habitants de la région ».

A vrai dire, il n'y avait pas là de service public concédé, mais la décision n'en est pas moins intéressante en ce qu'elle fait, étant de circonstance particulière — la con-

cession de droits de riveraineté aux autres habitants — prédominer le caractère du bail sur le marché, dont celui-ci ne devient plus qu'une clause accessoire et éventuelle.

Dans un arrêt du 26 décembre 1935 (Revue des concessions 1936, fascicule 2) la Cour d'Appel de Bordeaux a renforcé encore l'indépendance du bail par rapport au contrat de concession qui le stipulait ; elle a proclamé l'existence dans une concession de la Ville de Ruffec à la Société Eaux-Gaz- Electricité de Ruffec de deux contrats absolument distincts : un contrat de concession de service public, et un contrat de bail des usines, canalisation et accessoires.

L'arrêt dément le caractère accessoire du bail par rapport à la concession et y voit « une disposition complètement distincte ». En conséquence, le droit de 1 % serait strictement applicable au loyer consenti, même s'il comprend une redevance cachée.

De cet arrêt, deux théories juridiques ressortent : l'assimilation aux baux à loyers ordinaires des « baux » portant non seulement sur le domaine privé, mais aussi sur le domaine public de la commune (canalisations), et aussi le caractère indépendant du bail qui ne peut constituer à aucun point de vue un élément d'accroissement des fournitures faites ou des travaux entrepris.

Si la deuxième affirmation ne prête pas à critique, et qu'elle est rigoureusement conforme aux termes de l'art. 398 du Code, la première est fort discutable.

Peut-on admettre que les ouvrages publics soient susceptibles de bail ? Il ne s'agit plus du domaine privé, mais du domaine public, communal ou départemental. Or, le domaine public est défini à la fois parce qu'il est la propriété d'une personne publique, et qu'il est destiné à l'usage du public.

Il est de propriété publique, et il est d'affectation publique, ce qui n'est pas toujours le cas des « ouvrages publics » ; ceux-ci sont la propriété de collectivités administratives, mais ils ne sont pas toujours *affectés* à l'utilisation publique, quoiqu'ils aient été faits dans l'intérêt général.

En conséquence, si l'existence de droits privés mobiliers — le droit du bailleur, par exemple — ne prête pas à difficulté sur des ouvrages publics, elle a ouvert des discussions sévères quand elle porte sur le domaine public, dont le caractère fondamental est l'inaliénabilité. On a voulu refuser au concessionnaire en particulier, la situation juridique de bailleur d'immeubles, quand il occupe pour ses canalisations ou lignes de transport, par exemple, le domaine public.

▪ On a refusé à la redevance qu'il paye le caractère d'un loyer.

Mais ces tentatives n'ont pas réussi à ébranler une jurisprudence ferme, qui depuis longtemps voit dans l'occupation du domaine public moyennant redevance, un bail d'un genre spécial, assimilé aux baux à loyer ordinaire, et taxé au droit de 1 %.

CHAPITRE II

Les redevances pour occupation du domaine public

Le bail inclus dans un cahier des charges de concession de service public est considéré comme disposition indépendante du contrat de concession, et soumis au droit particulier de 1 %, le droit de marché de 1,50 % s'appliquant toutes les fois que l'indépendance des travaux à effectuer ou des fournitures à faire permet de ne pas considérer les charges comme accessoires du bail.

Dans nombre de concessions de service public, sinon dans toutes, sont contenus par ailleurs des baux d'un genre spécial et portant sur l'occupation par le concessionnaire de fractions du domaine public, moyennant une redevance payée annuellement au concédant.

C'est le cas par exemple, d'une Compagnie d'Electricité, qui aura, pour l'exploitation de service public, l'autorisation d'occuper la voie publique, soit en y enterrant des canalisations, soit en y plaçant des pylônes ou poteaux de soutien des lignes, ou en y posant des transformateurs.

De même en est-il pour une Compagnie concessionnaire d'un service de distribution d'eau, pour une Compagnie gazière, ou pour un concessionnaire de transports en commun.

Cette autorisation d'occuper sera délivrée, suivant la nécessité ou le besoin, sur le domaine public, communal,

départemental ou national et à chaque cas, correspondront en général des redevances. L'Administration et la jurisprudence les ont longtemps assujetties au droit de 1 % sur les baux auxquels on croyait pouvoir les assimiler.

Le régime tarifaire de ces redevances d'une part, la nature juridique fiscale que leur donne une jurisprudence tout à fait récente, d'autre part, tendent à les exempter de l'impôt.

C'est plutôt à notre avis, de la dépendance des deux faits juridiques que sont la concession et l'occupation du domaine public, que l'on doit tirer motif, pour soustraire à l'Enregistrement des clauses sans lesquelles la concession de distribution ne saurait exister.

SECTION I. — RÉGIME DE CES REDEVANCES

Comment sont fixées les redevances que le concessionnaire aura à payer, en contre-partie de l'occupation du domaine public ?

Elles ne sont pas fixes, mais généralement proportionnelles à l'occupation elle-même, elles naissent donc suivant l'étendue du droit concédé.

Plus longues seront les lignes établies, plus important le nombre des supports, plus grande la surface du domaine public occupé par les installations diverses (transformateurs, etc.), plus lourde sera la redevance.

Celle-ci figure au cahier des charges, et garde apparemment un caractère contractuel. Mais, sauf peut-être dans quelques concessions peu importantes, ce n'est là qu'une apparence, la tendance se fait de plus en plus nette à la fixation tarifaire des redevances.

Ainsi, pour les occupations du domaine public national par des entreprises de distribution et de transport d'énergie électrique, deux décrets du gouvernement Laval, en date des 16 juillet et 30 octobre 1935 ont établi un régime entièrement nouveau, et d'où toute discussion pré-contractuelle est exclue ; l'ancien régime de 1927 déjà assez forfaitaire, fixait les redevances en fonction de quatre éléments ; la population des communes traversées, la longueur des lignes, le nombre des supports, la superficie des ouvrages occupant le domaine public.

Le régime était proportionné au développement des installations et à l'importance de la distribution électrique, il était souple et jouissait d'une certaine élasticité.

Le nouveau régime, au contraire, établi en 1935, cristallise les redevances tant anciennes que nouvelles, et les fixe pour l'avenir à une somme invariable, et indépendante de l'importance des installations et de l'occupation elle-même du domaine public.

Il apparaît dès lors impossible de voir là un loyer, pour les deux raisons, que le tarif est fixé unilatéralement, et qu'il est fixe en fait.

Pour les concessions dont les ouvrages ont été établis antérieurement au 1^{er} janvier 1935, la redevance est fixée à une somme égale à celle perçue en 1934... et pour les entreprises dont les ouvrages ont été ou seront établis depuis cette même date, un nouveau tarif est établi, eu égard seulement à la population.

Telle est la tendance actuelle de la législation, qui aura son écho dans les délibérations des assemblées locales.

Les discussions qui se sont élevées pour dégager la nature juridique des redevances ainsi payées, doivent s'éclairer à la lumière de ce nouvel élément.

SECTION 2. — NATURE JURIDIQUE DE LA REDEVANCE
POUR OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC

L'occupation temporaire du domaine public, considérée à un point de vue général se réalise par plusieurs procédés administratifs d'autorisation : aux simples permis de stationnement ayant trait à des occupations ne nécessitant aucune incorporation au sol, s'opposent les permissions de voiries et les concessions (simples ou déclarées d'utilité publique) qui se rapportent à des occupations nécessitant au contraire une incorporation au domaine public.

Les permis de stationnement temporaires sont, ou gratuits (stationnement dit « momentané ») ou délivrés moyennant une redevance en argent.

Ces redevances ont en principe la nature de taxes indirectes, ou de péages : c'est l'opinion de M. Hauriou (Pr. de Droit administratif et de Droit Public, 12^e édition, p. 858) et celle de M. Jèze (Cours élémentaire de Science Financière). Les tarifs sont en effet établis par l'autorité municipale, et ils ne correspondent en rien à une utilisation privative du domaine : les occupations de ce type, en effet, ne comportent qu'un droit d'usage « *salva rerum superficie* », et ne permettent aucune modification de l'assiette du domaine, ce qui les distingue des occupations temporaires proprement dites, consenties à titre privatif, et entraînant modification de l'assiette.

Le régime de la distribution de l'énergie électrique fut fixé d'abord par la loi Berthelot (15 juin 1906) puis par la loi du 27 février 1925 qui devait modifier la loi Berthelot, en ce qui concerne les permissions de voirie.

Alors que le régime très libéral des permissions pouvait être accordé primitivement à des entrepreneurs de dis-

tribution d'énergie électrique, la loi de 1925 a rapproché très sensiblement le système des permissions de voirie de celui des *concessions*, en accentuant la réglementation des permissions accordées.

Les entrepreneurs de distribution d'énergie électrique sont donc titulaires de droits privatifs d'utilisation du domaine public, résultant, soit de la permission de voirie, soit de la concession.

La question se pose alors de savoir quelle est la nature des droits accordés, et si le domaine public peut souffrir une utilisation privative, qui donne naissance à une situation du concessionnaire ou du permissionnaire, analogue à celle du bailleur, en droit civil.

Peut-on considérer les redevances payées comme des loyers, ou au contraire ne sont-elles que des taxes ?

Dans ce cas elles seront exemptes du droit d'enregistrement de 1 %.

La discussion sur ce point est longue, de vieille date, et nous semble assez stérile ; la difficulté se résout plus aisément pour nous, dans les arguments que nous produirons à la fin de ce chapitre.

Néanmoins, il est intéressant de connaître les positions des auteurs et celles de la jurisprudence. Disons tout de suite que la jurisprudence la plus récente s'accorde à exempter du droit de 1 % les redevances versées en contrepartie d'une occupation privative du domaine public, qu'elle considère comme des taxes.

A. — *La théorie de M. Hauriou*

M. le doyen Hauriou voit dans les occupations temporaires consenties sur le domaine public (permissions de voirie ou concession) de véritables baux.

« S'il est vrai, écrit-il à la page 859 de son Précis de Droit Administratif, 12^e édition, que l'occupation du domaine soit précaire vis-à-vis de l'Administration, cependant comme elle porte sur un objet de propriété, elle comporte, au profit de l'occupant, une emprise du sol qui lui permet de faire des établissements modifiant l'assiette, et qui lui confère *un droit réel de nature administrative* analogue à l'emphytéose, avec cette différence qu'il est rachetable à toute époque ou renouvelable pour les besoins du service ».

Et les redevances ont pour M. Hauriou, « très logiquement » dit-il, le caractère de loyers.

Et le doyen de la faculté de Droit de Toulouse construit alors sa théorie des droits réels administratifs, qui dans les dix années qui ont précédé la guerre, a jeté une grande clarté sur la nature si spéciale des rapports, que le Droit Administratif régit.

Le domaine public apparaît à M. Hauriou, comme susceptible de bail ; la règle de l'inaliénabilité ne s'oppose qu'au passage des biens du domaine public dans le commerce privé, et qu'à la constitution des droits réels civils ; elle ne s'oppose pas au commerce de la vie administrative (1), pas plus qu'à la constitution de ce que M. Hauriou appelle « les droits réels administratifs ».

(1) M. Duguit, dans son célèbre « Droit Constitutionnel » (2^e éd., Tome III, p. 345 et ss.) s'élève avec force contre la règle de l'inaliénabilité, du domaine public, dont l'intérêt pour lui est tout historique. Autrefois, le roi étant propriétaire du domaine, elle était une garantie pour la nation contre les transmissions de fiefs royaux aux étrangers. Aujourd'hui, la nation elle-même a la propriété du domaine public, la règle n'existe plus en son vieux sens, mais n'a de signification qu'en ce qu'elle ramène l'utilisation du domaine public au profit d'un service public à des conditions optima. C'est l'idée du service public et non plus celle de propriété publique — trop étroite — qui limite l'utilisation du domaine public, et elle seule.

Le caractère spécialement administratif de ces droits concédés vient en effet de la précarité dans laquelle ils sont tenus, et cet état ne résulte que d'une notion communément admise, celle du contrôle de l'usage pour le bien général.

Nous donnons pleinement notre accord, aux idées que défend M. Hauriou et qui révèlent un terme très juste de l'analyse : mais nous nous permettons à la suite de nombre d'autres auteurs, de critiquer l'appellation de « droits réels », en soulignant simplement le fait que le droit précaire, et nécessairement précaire, du permissionnaire ou du concessionnaire, n'a pas la stabilité qui est l'apanage du droit réel.

M. Hauriou a développé sa thèse du droit réel de jouissance, à propos des concessionnaires de chemins de fer, dans une note parue au Sirey 1908, III, 65, sous un arrêt du Conseil d'Etat en date du 25 mai 1906, Chemins de Fer d'Orléans. Le Conseil d'Etat consacrait la thèse du doyen de Toulouse, ce qu'il a fait à nouveau dans un arrêt du 10 juin 1910 (Cie P. L. M., Lebon, p. 460). La théorie a été reprise et développée dans la thèse de M. L. Rigaud, soutenue à Toulouse en 1914 et intitulée « Les droits réels administratifs ».

Par le détour des droits réels de jouissance, M. Hauriou évite l'écueil que présente le caractère réglementaire de la permission de voirie ; mais il ne le fait pas disparaître.

Dans la concession de service public, autre mode d'occupation du domaine, M. Hauriou paraît admettre, mais sans l'affirmer nettement, le caractère contractuel de l'occupation.

B. — *La théorie de M. Berthélemy*

Pour M. le Doyen de la Faculté de Paris, le permissionnaire n'a aucun droit réel, vu le pouvoir discrétionnaire de l'Administration à son égard, et ne peut en aucune façon être assimilé à un bailleur. Au lieu de distinguer, comme le faisait M. Hauriou les permis de stationnement des permissions d'occupations temporaires (permissions de voirie et concessions), M. Berthélemy distingue « les occupations normales du sol » (permis de stationnement, permission de voirie) qui sont conformes à sa destination, et les occupations du domaine public en raison d'un service public (concessions).

Les premières donnent lieu à la perception de taxes, les secondes donnent lieu au recouvrement de véritables loyers.

Son argumentation repose sur une parallèle entre le permissionnaire de voirie dont la situation est réglementaire; et le concessionnaire, dont la situation est d'ordre contractuel.

Voici ce que M. Berthélemy dit de la concession : (Droit Administratif, 13^e édition, p. 498).

« La concession est essentiellement un contrat synallagmatique. L'Administration est engagée pour un temps déterminé ; pour le même temps, le concessionnaire est lié envers elle. *Les conditions de l'occupation, la rémunération du concessionnaire* sont spécifiées dans un cahier des charges... ».

Enfin M. Berthélemy met en relief les caractères respectifs des taxes et des loyers, ce qui lui permet d'assimiler les redevances payées par le concessionnaire à des loyers :

les taxes sont fixées, les loyers sont au gré des parties ; les premières exigées par voie d'autorité, les loyers sont stipulés par convention ; les taxes doivent être votées annuellement, et peuvent être modifiées, à la différence des loyers. Nous avons vu, à propos du régime des redevances que celles-ci, en dépit de leur caractère contractuel, se rapprochent de plus en plus des taxes.

En conclusion, M. Berthélemy, comme M. Hauriou, donne aux redevances payées en contrepartie d'une occupation du domaine public par voie de concession, le caractère de loyers, et les soumet au droit de bail de 1 % ; il se base sur le fait que la concession portant occupation du domaine public est de nature contractuelle, et sur le fait que des droits, dont la nature reste imprécise, sont donnés au concessionnaire, assimilé à un bailleur.

C. — *La jurisprudence*

Dans sa thèse soutenue à Bordeaux en 1912 (« De la nature juridique des redevances ») M. Ségur relève la tendance de la législation à donner aux redevances en général un tarif égal pour tous ; il passe en revue les diverses théories de la redevance-loyer, et examine la thèse soutenue par M. Regray de la redevance-taxé (« Des faits de jouissance privative dont le domaine public est susceptible » Paris 1900) ; mais il ne s'agit que des redevances perçues des permissionnaires de voirie, auxquels M. Ségur refuse l'attribution de droit réels.

En vérité, si la théorie est exacte pour les permissions de voirie, elle ne peut s'appliquer aux concessionnaires, pour lesquels, ainsi que nous l'avons vu plus haut, l'occupation du domaine public revêt un caractère à proprement

parler contractuel ; elle leur confère des droits certains, et qui ne sont pas en contradiction avec la règle de l'inaliénabilité, puisque, comme le faisait remarquer fort justement M. Raphaël Alibert dans sa note au Sirey de 1930.III.1 sous les arrêts du Conseil d'Etat des 7 décembre 1928 et 19 juillet 1929 (Cie des Tramways de Sète et Dupouy), la jurisprudence du Conseil d'Etat, surtout en matière de riveraineté, reconnaît la constitution de véritables servitudes de nature administrative: « La notion de Droit Public, si abstraite autrefois, est dominée par celle d'utilité, au sens le plus terre à terre du mot : le domaine public est une propriété parce qu'il est plus commode qu'il en soit ainsi, *sa consistance est réduite pour la même raison*, et cette propriété est en marge du Droit Civil parce que son efficacité est liée à une protection particulière ».

Ce ne peut être que par une assimilation imparfaite de la situation du concessionnaire avec celle du bailleur du droit civil que la redevance d'occupation du domaine public peut être frappée du droit de bail de 1 %.

Comme les auteurs, la jurisprudence est en désaccord : le Conseil d'Etat admet la constitution sur le domaine public de certains droits au profit du concessionnaire, en insistant sur la nature administrative de ceux-ci. Et c'est à tort que des interpréteurs ont cru à la possibilité d'existence de droits civils de jouissance, analogues à ceux que le Conseil d'Etat peut reconnaître aux concessionnaires sur les « ouvrages publics » ayant fait l'objet d'un bail, totalement différents du domaine public.

La jurisprudence civile est fort divisée. Nous citerons simplement trois arrêts marquants. Un jugement du Tribunal Civil de Toulouse en date du 25 février 1936 (Société d'assainissement et d'engrais contre Ville de Toulouse.

Revue des concessions 1936, p. 138) assimile la redevance payée en contre-partie d'une permission de voirie à un véritable prix de location. C'est d'ailleurs dans ce sens que la jurisprudence civile s'était fixée ; elle considérait les redevances payées par les concessionnaires comme les loyers (Cass. Req. 1^{er} décembre 1930. D. 1931.1.27. Ville d'Aix-les-Bains).

Tout récemment, et à notre connaissance par l'arrêt du 15 mars 1937, la Chambre Civile de la Cour de Cassation dans l'affaire de la Société dite « Secteur Electrique de la Brie » a confirmé un jugement du Tribunal Civil de Melun (11 juillet 1930. J. E. n° 34.082) sur le deuxième moyen invoqué, et débouté ainsi l'Administration de l'Enregistrement de son pourvoi tendant à frapper du droit de 1,50. % les redevances payées par la Société concessionnaire, pour occupation du domaine public.

Tel est l'attendu principal de l'arrêt : « attendu que le décret du 17 octobre 1907, modifié par les décrets des 7 septembre 1912 et 17 mai 1921, pris en vertu de la loi du 15 juin 1906, sur la distribution d'énergie, dispose que les redevances pour occupation de la voie publique sont perçues conformément à un tarif fixé ; que s'agissant d'impôts perçus sans établissement préalable de rôle nominatif, mais par application de tarifs annexés à la loi, ces taxes rentrent dans la définition des contributions indirectes et assimilées, sans que la référence aux décrets et tarifs contenue dans le cahier des charges puisse en modifier le caractère, qu'ainsi le moyen manque de bases... rejette ». (Recueil Civil et notarial des juris-classeurs, 1937-264).

C'est qu'en effet la thèse de la Direction Générale de l'Enregistrement est que ces autorisations d'occupation — et toutes sont ici visées — n'entraînent pas la perception

de l'impôt par elles-mêmes, mais que, si elles sont constatées par des actes administratifs réguliers, ou par des arrêtés rédigés en minutes et susceptibles d'être délivrés en expéditions, qui peuvent être rapprochés des soumissions des concessionnaires, elles doivent être enregistrées au droit de 1 % dans le délai prévu de 20 jours.

C'est un principe curieux, et contre lequel s'élève avec vigueur M. Pilon dans son ouvrage (« Principe et Technique des droits d'Enregistrement » n° 152 bis), que celui de frapper du droit proportionnel tout acte emportant transmission, alors même qu'il ne se trouverait pas expressément prévu par un article spécial du tarif, le droit étant déterminé dans ce cas par analogie.

La Cour de Cassation a refusé en l'espèce l'analogie de la redevance et du loyer, mais sans s'attaquer au principe. Ce qui ressort de l'arrêt c'est que les autorisations d'occupation du domaine public ne sont pas assimilables à des baux immobiliers, quoiqu'elles en soient proches.

Ces actes et ces redevances ont un caractère *sui generis* qui permet difficilement de les assujettir à un droit proportionnel, dès lors qu'aucun texte ne les vise nommément: il semble que l'on puisse tirer cette conclusion de l'arrêt de la Cour.

SECTION 3. — COMMENT L'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC PARAÎT ÊTRE UNE CONDITION DÉPENDANTE DU CONTRAT DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC.

En fait donc, la jurisprudence n'admet pas l'imposition des redevances d'occupation au droit de 1 % qui frappe les baux immobiliers.

Elle donne à la redevance le caractère de taxe, et elle semble exiger de l'Administration de l'Enregistrement, l'abandon de la règle de la taxation par analogie d'actes juridiques normalement exempts.

Nous ne saurions que trop insister sur le caractère formaliste de la taxation par l'Enregistrement.

Mais si les résultats sont bons, les assises de la jurisprudence paraissent assez faibles ; les incertitudes sont encore grandes auprès des Tribunaux, et l'unité non encore réalisée.

Nous ne voyons pas d'ailleurs pour les raisons développées plus haut pourquoi les redevances constituent plus une taxe qu'un loyer, surtout les redevances stipulées dans un contrat de concession.

Bref, nous nous proposons de mettre la discussion sur un autre terrain, qui semble plus solide, celui des dispositions dépendantes et indépendantes, d'examiner la liaison qui existe entre le service public et l'occupation du domaine public, avant de poser notre théorie, particulière aux concessions de Service Public dont nous nous occupons ici spécialement, de la coexistence nécessaire et absolument dépendante du service public et de l'occupation du domaine public en vue de sa satisfaction.

A. — *Les positions des auteurs*

Ils se classent en deux catégories opposées par leurs conclusions : d'un côté, un premier groupe d'auteurs, parmi lesquels on peut citer MM. Berthélemy, Maguero, Rolland, admettant une liaison étroite entre le Service Public et l'occupation du domaine public concédé à cet effet, d'un autre côté, MM. Jèze et Trotabas, prenant la position inver-

se, soutiennent l'indépendance de la concession sur le domaine public par rapport à la concession de service public.

M. Berthélémy insistant sur la nature contractuelle de la concession de service public, met en valeur le caractère contractuel de l'occupation du domaine.

Dans l'analyse qu'il fait du contrat de concession (Droit Administratif, 13^e édition, p.498), les conditions de l'occupation semblent faire partie aussi intégrante du contrat que la rémunération du concessionnaire. Et si M. Berthélémy rapproche cette occupation moyennant redevance, du bail immobilier du Droit Civil, c'est qu'il admet que le domaine public peut faire l'objet d'un certain commerce restreint, à condition toutefois, qu'il n'y ait aucune constitution de droit réel. Or, le domaine public ne peut faire l'objet de concessions d'occupations temporaires, que si ces occupations temporaires sont faites dans un usage non contraire à la destination générale du domaine, dans un usage de service public.

A vrai dire, M. Berthélémy ne résout pas la question, qu'il ne paraît pas se poser, mais nous nous permettons d'indiquer la tendance que l'on peut tirer facilement de sa doctrine.

M. Maguero (Dictionnaire de l'Enregistrement « Concession ») distingue les simples autorisations ou permissions que l'Administration délivre en vertu de son pouvoir de police, des concessions proprement dites.

Il se trouve reprendre ainsi la distinction de M. Berthélémy des occupations non contractuelles et des occupations contractuelles du domaine public. « Dans les concessions, écrit-il, un nouvel élément, l'engagement pris par le particulier de payer le prix ou de fournir une prestation quel-

conque en retour de ce qui lui est accordé » (ce qui est le cas pour les concessions de services publics où l'occupation du domaine public n'est qu'une condition de l'exécution du service public), « vient s'ajouter à l'acte émané de la puissance publique, qui dès lors, présente un double caractère, le caractère d'acte administratif (autorisation unilatérale et réglementaire), et le caractère contractuel ».

Pour cet auteur, il n'y a aucune différence entre la concession de service public et la concession sur le domaine public, l'une et l'autre étant confondues. Et, il introduit dans l'analyse juridique de la concession une notion contractuelle, à dispositions multiples, dans laquelle la disposition relative à l'occupation du domaine public est liée très étroitement à celle de l'exploitation.

Plus explicite encore est M. Rolland, qui distingue deux groupes d'utilisation primitives du domaine public : la permission de voirie, et la *concession de service public*.

Il ne saurait alors y avoir de concession sur le domaine, qui ne soit une concession de service public, sans que la réciproque d'ailleurs soit vraie.

Un point est donc acquis chez ces auteurs : c'est que la concession sur le domaine, ne peut être qu'une concession de service public, eu égard à la dépendance intime du domaine public, vis-à-vis du service public, dont il est le moyen d'exécution indispensable.

Au contraire, pour MM. Jèze et Trotabas, la concession de service public, ne serait pas du tout liée à la concession sur le domaine public. Ainsi, une concession de distribution d'électricité peut se concevoir, pour ces auteurs, indépendamment de la concession d'occupation ; si elles sont liées en général et en fait, elles ne le sont pas absolument, et l'octroi des droits privés sur le domaine ne vient, au cas

de concession de service public, qu'accroître ou que perfectionner la concession de distribution d'eau, de gaz, ou d'électricité.

Prenons l'opinion de M. Jèze, telle qu'elle apparaît dans la note parue sous l'arrêt Astruc, et reproduit à la Revue de Droit Public de 1916, p. 363 (Conseil d'Etat 7 avril 1916) sous l'intitulé « *de la distinction entre la concession d'occupation du domaine public avec charges et la concession de service public* » : c'est l'objet même de la discussion que nous ouvrons, et dont M. Jèze reste le principal interprète.

Dans l'affaire Astruc, il s'agissait de rechercher si une entreprise théâtrale — la Société du Théâtre des Champs-Élysées — représentée par le sieur Astruc, avait le caractère de service public, autrement dit si le critérium devait en être cherché dans la nature même du service, ou dans le fait de l'occupation du domaine public.

La haute juridiction administrative s'est basée sur la nature du service pour refuser le caractère du service public à l'entreprise concédée. Le fait de l'occupation du domaine n'a pas prévalu, mais nous ne critiquons aucunement cet arrêt, d'où il ressort simplement qu'il peut y avoir des concessions sur le domaine public qui ne soient pas des concessions de service public.

Cela ne prouve pas que des concessions de service public puissent exister et emporter occupation du domaine, sans que cette occupation soit inhérente au service public à exécuter.

Mais suivons M. Jèze dans sa tentative de distinction des concessions d'occupation du domaine public avec charges, et des concessions de service public. Le service public est un procédé juridique par lequel satisfaction est donnée

par l'Administration à un besoin général d'où trois éléments sont nécessaires pour constituer un service public :

- la satisfaction d'un besoin d'intérêt général.
- l'érection en service public par l'Administration ou pour le compte de l'Administration.
- un procédé juridique spécial.

Peut-on dire que la concession emporte nécessairement occupation du domaine public ?

M. Jèze commence par montrer et poser en principe que l'occupation du domaine public peut se faire (permis de stationnement ou permission de voirie) sans qu'il y ait service public : nul ne le conteste.

Inversement, il montre que l'occupation d'une parcelle du domaine privé communal peut être faite par un service public — dans l'intérêt général — sans qu'il y ait affectation au domaine public, c'est le cas d'une Société Gazière construisant une usine sur le terrain privé d'une commune.

La liaison entre la concession de service public et la concession d'occupation du domaine n'est donc pas rigoureuse, et nous l'admettons encore.

Mais, de ces faits isolés montrant que la liaison *n'est pas toujours vérifiée* entre la concession de service public et la concession du domaine, M. Jèze tire une théorie générale et soutient l'indépendance absolue des deux dispositions : « d'ailleurs, écrit-il, le fait qu'il y a autorisation d'occupation du domaine public a des conséquences intéressantes ; mais c'est à d'autres points de vue. S'il y a concession de service public avec autorisation d'occuper le domaine public (ex. concession de tramways, d'un chemin de fer sur route) il y a *deux services publics* qui

fonctionnent côte à côte et concurremment... » Nous avouons l'impossibilité où nous sommes de déceler deux services publics dans une concession de tramways ou de chemins de fer, exemplé que cite l'honorable Professeur de la Faculté de Droit de Paris.

Pas plus qu'il ne peut exister dans l'espèce, et il en est de même pour les concessions d'eau, de gaz et d'électricité, de service public sans occupation nécessaire du domaine public, il ne peut y avoir d'occupation par des rails, des lignes aériennes, et de canalisations souterraines, si ces modes de locomotion ou de transport de matière ou d'énergie ne reçoivent pas une utilisation conforme à leur destination.

Il va de soi d'ailleurs, que si l'on retire à un concessionnaire l'autorisation d'occuper le domaine, il ne pourra absolument plus subvenir au « premier service public ».

Pour ces services publics et quoi que dût en souffrir une théorie générale du service public, il y a une liaison très étroite, intime, entre l'exploitation du service et l'occupation du domaine public.

D'ailleurs de l'article de M. Jèze, il convient de retenir deux propositions qui le démontrent bien.

L'auteur ajoute en effet : « Cette observation est capitale pour régler les rapports du concessionnaire et de l'Administration : autant que possible il ne faudra sacrifier ni l'un ni l'autre service ».

C'est là, avouer, semble-t-il l'indépendance des « deux services publics », M. Jèze ajoute ensuite que s'il y a conflit entre une entreprise privée ayant autorisation d'occuper le domaine public, et le service public concédé, l'exploitation privée doit céder le pas au service public fonctionnant concurremment. « De telle sorte que si le fonctionnement de

l'entreprise privée gêne le service public, l'Administration a le droit et même le devoir, soit de faire cesser temporairement ou définitivement l'occupation du domaine public, soit de la restreindre dans la mesure nécessaire, pour assurer le bon fonctionnement, régulier et sans à coups du service public ». N'est-ce pas là reconnaître encore, implicitement, et pour les entreprises privées occupant le domaine public et pour les concessions de services publics l'occupant concurremment, la liaison intime du service public ou privé avec l'occupation du domaine ?

Analysant le véritable caractère de la concession, et la définissant comme une concession de service public, et non de travaux publics, M. Hauriou dans une note sous l'arrêt du Conseil d'Etat Blanleuil et Vernandon (14 février 1902 S. 1904.111.81) écrit : « Les concessions n'entraînent pas toutes des occupations du domaine public, témoin le même service des transports maritimes. Lorsqu'elles entraînent occupation du domaine public, c'est encore un aspect accessoire, et même ici, il serait plus exact de dire qu'il existe un lien juridique entre la concession de service public, et l'occupation du domaine public nécessaire à sa réalisation, qui les fait apparaître comme deux actes distincts ; l'occupation du domaine public apparaît *comme un effet* de la concession du service public, et se réalise par un acte séparé, qui est la permission de voirie ».

Si M. Hauriou distingue les deux actes juridiques de la concession de service public, et de la permission de voirie, et en fait ils sont distincts, puisqu'ils émanent d'origines différentes, il laisse subsister le lien étroit qui les unit, qui est un lien de cause à effet, aussi net que celui qui apparaît dans les actes civils, entre l'acte lui-même et ce qu'il suppose normalement pour sa réalisation.

Enfin dans sa thèse (« La cession des concessions et des permissions », Paris 1934, p. 141) M. Jehan Carayon évoque l'idée que « l'occupation du domaine public par le moyen des permissions, apparaît comme un effet de la concession de service public ; et c'est de la nature même des choses, comme nous le montrons, que ces liens résultent ». La permission de voirie sera le moyen par lequel le service public de transport ou de distribution se réalisera. Il faut donc que l'autorité publique fournisse les autorisations nécessaires à la pose des voies ou des canalisations, sans quoi *la concession n'aurait pas de raison d'être*.

Une telle théorie s'accorde parfaitement avec la nature même du service public. Il est toujours dangereux de vouloir dégager des théories trop générales, surtout si on les fait précises ; aussi sans préjuger des rapports exacts de l'occupation du domaine public et de la concession de service public, pouvons-nous affirmer que, lorsqu'un service public est concédé en vue d'une exploitation qui empruntera nécessairement le domaine public communal, départemental ou national, cette occupation du domaine, bien qu'accordée par un acte juridique distinct, la permission de voirie, constitue une disposition absolument dépendante du service public à exploiter. Et cela correspond à la définition que donne M. Rolland, du service public :

« Une entreprise, qui, sous la haute direction du gouvernement, est destinée à donner satisfaction à des besoins collectifs du public, à défaut de l'initiative privée, et qui, normalement, en France, et soumise à un régime juridique spécial ».

B. — *Application à l'Enregistrement*

Dans un cahier des charges de concession, les dispositions relatives à l'occupation du domaine public, si cette occupation est réclamée par la nature même du service à exploiter, *doivent être considérées comme des dispositions dépendantes* de l'acte principal de concession. Sans elle, le contrat ne peut se concevoir ; a contrario, le célèbre article 11 de la Loi de Frimaire, devenu l'art. 6 du Code de l'Enregistrement s'applique et justifie l'exemption de l'impôt :

« Mais lorsque dans un acte quelconque, il y a plusieurs dispositions indépendantes ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, un droit particulier ».

Cependant, une difficulté s'élève et fait naître une grosse objection. Si la concession a été frappée dans son essence même, sur le prix de la concession et non pas sur le prix du marché inclus en elle, la théorie des dispositions dépendantes de la loi de Frimaire s'appliquerait sans hésitation, car la convention principale serait frappée. Mais, comme nous l'avons admis et proposé, seul le droit de marché, dans l'état actuel de la législation, peut valablement frapper la concession, en ne s'appliquant qu'à une disposition de celle-ci, le marché de fournitures ou de travaux publics accessoires par rapport à la concession elle-même de services publics, qui vise l'essence du contrat. Et alors, l'occupation du domaine public semble tout à fait indépendante du marché. Si paradoxal que cela puisse paraître, nous pensons que l'exemption doit subsister. Ce n'est pas en effet parce qu'un acte juridique est taxé à un droit imparfait ou à un droit d'analogie, que son caractère

change. La nature juridique des actes civils ou administratifs ne change pas avec les droits qui les frappent. Si une location-vente est taxée au droit de mutation immobilière, elle ne restera pas moins un acte de bail doublé d'un acte de vente comprenant en général en plus du prix de vente, un prix de location correspondant aux années où la propriété n'est pas encore transmise. La nature juridique des actes est immuable, et c'est sur elle que doit se calquer la perception du droit d'enregistrement. La difficulté ne paraît pas susceptible d'être relevée, et l'extension doit subsister.

Elle se justifie d'autant plus que, conformément à la doctrine admise en jurisprudence ainsi que nous l'avons vu au début de ce titre, deux qualités sont requises pour reconnaître la dépendance de deux dispositions figurant dans un contrat : que l'unité de l'acte existe tant dans la pensée des parties au contrat qu'objectivement parlant, dans l'acte lui-même. Il serait superflu d'insister sur cette « unité objective » du contrat de concession emportant occupation du domaine public ; toutefois, nous réservons cette unité aux concessions dans lesquelles l'occupation du domaine est la condition de l'exploitation, et pour lesquelles les permissions de voirie accordées rentrent dans ce que M. le Professeur Rolland appelle « les procédés juridiques spéciaux ».

DEUXIÈME PARTIE

LES MODIFICATIONS APPORTÉES A L'ÉCONOMIE DU CONTRAT EN COURS DE CONCESSION

(Versements supplémentaires ou restitution de droits)

Si les questions débattues entre les concessionnaires des Services Publics et l'Enregistrement, sont, lors de la signature du Cahier des Charges, sujettes à des difficultés et à des discussions, plus imprécises encore apparaissent les questions soulevées au cours de la concession.

Quand aucun acte, aucun fait juridique nouveau, ne vient compléter, modifier, ou bouleverser l'économie du contrat, la question du paiement d'un droit nouveau ne se pose pas ; toutefois, l'assiette originale du droit de marché peut se trouver modifiée en cours d'exécution de la concession. Nous verrons la pratique admise en fait de versements de droits supplémentaires ou de restitution de droits, et nous aurons à la critiquer.

Au cas où un fait juridique nouveau intervient, il y a lieu d'examiner les droits particuliers qui seront perçus : les deux exemples principaux en sont le rachat par anticipation et la cession de concession ; la recherche de la nature exacte de la cession de concession a donné lieu à

d'intéressantes analyses juridiques qui ont leur répercussion sur la définition de la concession de service public et des droits des concessionnaires.

En cinq chapitres, nous dégagerons de la vie courante des concessions les discussions qui, en dehors de leur importance fiscale, fournissent un apport à la doctrine juridique de l'enregistrement et à celle de la concession de services publics. Cependant que, dans un premier chapitre une nouvelle application sera faite de la théorie des dispositions dépendantes, à propos des actes de complément du contrat de concession, un deuxième chapitre traitera des cessions de concessions. L'étude des rachats anticipés ouvrira la voie ensuite à une notion plus extensive et plus souple de l'économie de la concession que nous aborderons dans nos derniers chapitres sur le « prix réel du marché » et sur le bouleversement du contrat par le fait du prince. Ils nous feront préconiser une adaptation plus souple de la fiscalité à la règle juridique et à l'équité, en même temps qu'ils seront un plaidoyer pour un élargissement des principes trop étroits de l'Enregistrement.

CHAPITRE I

Les actes de complément

Ces actes en général ne donnent pas lieu à controverses, sauf pour la substitution d'immeubles au cours de la concession, le point litigieux étant de savoir si le droit du concessionnaire sur les immeubles de la concession est mobilier ou immobilier.

SECTION I. — COMPLÉMENTS ET AVENANTS

La règle suivante, très simple, peut être énoncée : Les compléments et avenants rentrent en général dans la catégorie de dispositions secondaires à un acte juridique principal. Ils sont donc seulement passibles du droit fixe de 30 francs, s'ils ne constituent pas de mouvement de valeurs. Ce sera le cas par exemple d'actes complétant le cahier des charges sur une disposition insuffisante ou imparfaite ou omise.

S'appuyant sur cette notion de mouvement de valeurs, Béquet dans son Répertoire du droit administratif, (édition de 1899 : « Enregistrement », tome 15, p. 499) envisage d'une façon générale les modifications qui se produisent au cours de la concession et écrit que la perception de nouveaux droits n'est légitime que s'il y a vraiment changement dans l'économie de la concession, si le second acte « n'est pas seulement un acte complémentaire du premier ».

Ce principe est d'une certaine justesse encore qu'imprécis. La jurisprudence en fait une application stricte ; elle justifie le paiement d'un complément de droit sans tenir compte de la stabilité possible du prix du marché ; elle ne permet jamais de restitution, si le prix du marché se trouve diminué. Il semble hasardeux de *taxer de novatrices et de soumettre à l'impôt*, toutes dispositions qui changeraient tant soit peu le mode de rémunération du concessionnaire ; toute disposition qui n'opère pas un transfert de valeurs en effet doit rentrer dans la catégorie des actes de complément. Car il y a des dispositions financières qui n'opèrent pas de mouvements de valeurs quand elles se bornent à établir le mode de rémunération ou de paiement sans changer la rémunération elle-même dans son montant. Seules, apparaissent taxables les dispositions déplaçant, augmentant ou réduisant la charge financière incombant au concessionnaire. Dans ce cas alors, les droits supplémentaires sont payés ou s'il s'agit d'un acte trop particulier pour découler directement (tant dans la volonté des parties que dans la nature même de l'acte) du contrat de concession, un droit « particulier » propre à la nature de l'acte est alors payé. Des exemples nombreux en sont cités par M. Maguero, dans son dictionnaire de l'Enregistrement. (Marchés, p. 358, n° 59 in fine). L'auteur y expose notamment que l'Administration a une tendance très nette à appliquer le droit fixe dans un nombre restreint de cas, à en faire presque l'exception ; c'est une position défensive de premier ordre, mais qu'il est bon de connaître.

SECTION 2. — LES PROROGATIONS DE CONCESSIONS

Proroger une concession, c'est en cours de concession, passer un nouveau contrat dans lequel le concessionnaire s'engage à assurer le service public pendant une nouvelle période fixée, et la personne publique à renouveler la concession accordée. La jurisprudence décide qu'il n'y a pas là novation, et à bon droit, car l'identité des parties, de cause juridique et d'objet, rend assimilables et identiques les deux concessions théoriquement séparables.

En conséquence, *aucun droit ne sera dû lors de la prorogation du premier marché*, qui est supposé continuer. Il est à noter qu'au cas d'un changement de tarif lors de la prorogation, les sommes qui continuent à être payées au titre de la première concession, restent soumises au tarif ancien, jusqu'à ce qu'elles soient remplacées par les sommes payées au titre de la deuxième concession.

Quant au « supplément de prix » qui apparaît dans la « nouvelle concession » des droits supplémentaires le frappent, comme il est juste. L'ancien « prix du marché » reste taxable à des droits calculés sur la durée supplémentaire de la concession.

En définitive, une prorogation n'entraîne pas novation : elle n'entraîne la perception de droits supplémentaires que sur la différence entre le nouveau et l'ancien prix, s'il en est une, et sur le prix du marché correspondant à la période nouvelle, comptée à partir de l'expiration normale de la concession originelle.

SECTION 3. — LES SUBSTITUTIONS D'IMMEUBLES

En 1854, la ville de Châteaudun avait concédé à un particulier l'abattoir municipal à charge pour celui-ci

d'exploiter ce service public et de le faire fonctionner, c'est-à-dire d'assurer, dans toutes les conditions d'hygiène et d'isolement requises, la mise à mort et le dépeçage des animaux destinés à la boucherie. Or, il arriva que le concessionnaire jugeant son installation défectueuse et avec l'agrément de l'autorité concédante échangea un des immeubles de la concession contre un autre immeuble qui devait servir au même usage. L'Enregistrement réclama le droit proportionnel sur « l'échange d'immeubles » ; le concessionnaire protesta, alléguant qu'il n'y avait en rien novation, puisque la concession restait la même, que l'immeuble ne lui appartenait pas, mais était destiné au service public, et que son droit n'était qu'un droit mobilier ; la ville devenait ainsi, pour le concessionnaire, redevable du droit éventuel à payer à l'Administration fiscale. La jurisprudence jugea que le droit du concessionnaire sur les immeubles de la concession est essentiellement mobilier et qu'en conséquence la ville était redevable du droit. C'est presque un anachronisme de trouver une pareille décision en 1854, époque où les droits du concessionnaire n'étaient que bien imparfaitement définis, et c'est, pourrait-on dire un lustre nouveau que cette décision retrouve aujourd'hui car elle rejoint les interprétations les plus actuelles comme celles que nous citons de la Société de l'Ouenza.

Le droit du concessionnaire est donc considéré comme essentiellement mobilier, le paiement du droit ne peut lui être demandé. Il ne fait pas de doute que le droit d'échange d'immeuble doit s'appliquer, c'est bien de cela qu'il s'agit, nul ne peut le contester ; néanmoins, le redevable n'en est pas le concessionnaire, mais l'autorité concédante, selon une jurisprudence qui n'a cessé de s'affermir depuis 1854 ; quant aux droits du concessionnaire, il serait beaucoup

plus un droit d'exploiter le service public qu'un droit d'appropriation « ad usum et abusum » sur les constructions et installations. Et voilà un apport de plus que la matière de l'enregistrement des concessions fait à la notion de concession et au Droit Administratif.

CHAPITRE II

Le changement de concessionnaire

Cette hypothèse se rencontre le plus fréquemment dans le cas des cessions de concessions, où un concessionnaire cède, moyennant ou non un prix de cession, des ouvrages et le monopole de la concession, les avantages, mais aussi les charges de celle-ci. L'opération ne peut se faire qu'avec l'approbation de l'autorité concédante intéressée au premier chef par l'exécution du service public.

SECTION I. — NOUVELLE CONCESSION APRÈS DÉCHÉANCE

Mais, si ce changement se produit par la voie de contrat, amiablement, un autre changement peut intervenir, cette fois postérieurement à une mesure d'autorité ; c'est le cas où un concessionnaire est déclaré déchu et encourt la sanction de son impéritie ou de sa mauvaise gestion financière ; la liquidation de l'ancienne concession est à sa charge ; il doit en supporter tout le poids, étant obligé personnellement par sa gestion dont il ne peut faire porter les conséquences sur son successeur. Une fois la liquidation opérée, un nouveau contrat pourra être passé avec un nouveau concessionnaire ; la jurisprudence reconnaît qu'il y a là véritablement novation du contrat, et qu'en conséquence, de nouveaux droits doivent être perçus sur l'acte. Une raison peut en être trouvée dans le fait que le concession-

naire déchu n'est plus personnellement responsable de l'exécution du service public, quand la déchéance a été prononcée ; le nouveau concessionnaire s'est substitué à lui, une nouvelle concession commence, sur laquelle des droits d'enregistrement doivent être perçus. Les droits qui auraient pu être assis sur la durée probable, démentie par les faits, de la première concession, restent acquis à l'Administration fiscale, et ne peuvent venir en déduction des droits payés par le nouveau concessionnaire. Ils restent à la charge du premier concessionnaire, peut-être à titre de sanction supplémentaire, mais non prévue par la loi comme tels, puisque le Code de l'Enregistrement fait de la non-restitution des droits un principe rigoureux de l'Enregistrement. Notons ici la conséquence spéciale du principe sur lequel nous aurons plus loin à revenir. M^r Béquet (Répertoire du Droit Administratif, Enregistrement, concession de S. P. article 3) ne critique pas cette mesure, qu'il se contente d'indiquer, et M. Maguero dans son Dictionnaire de l'Enregistrement (troisième édition, tome 3 « marchés ») justifie l'intégralité de la perception nouvelle en établissant que le second contrat ne peut être considéré comme un acte de complément. Nous partageons l'avis de ce dernier auteur : l'existence « autonome » et intégrale du second contrat ne fait pas de doute mais l'assiette des droits d'Enregistrement sur le premier contrat, si elle est légale, est injuste pour le concessionnaire déchu. On en voit particulièrement l'inconvénient et l'injustice quand l'adjudication nouvelle est faite au premier concessionnaire.

Sont également assimilés à de nouvelles concessions les traités qui interviennent entre deux concessionnaires pour l'exploitation de services publics dont l'un et l'autre détiennent les éléments ; par exemple, le traité que passent

deux concessionnaires de chemins de fer pour l'exploitation d'une gare commune. Le droit de marché sera assis sur le « prix » du marché conclu, c'est-à-dire sur l'évaluation des avantages ou des charges que se réservent les signataires.

SECTION 2. — LES CESSIONS DE CONCESSIONS

§ 1 Régime fiscal des cessions de marchés.

Rien peut-être n'est plus significatif de l'incertitude et des hésitations tant de la doctrine que de la jurisprudence sur la nature juridique exacte de la concession, que la multiplicité des droits d'Enregistrement que l'Administration Fiscale a voulu percevoir sur sa cession. Aussi multiples étaient les droits proposés, aussi différents et opposés étaient les principes auxquels ils se rattachaient.

La situation juridique et fiscale des cessions de marchés éclaire beaucoup la question des cessions de concessions. Une distinction doit se faire, suivant que la cession se fait sans prix, ou avec prix. La première hypothèse a conduit la Cour à ne pas reconnaître à la cession un caractère novateur quoique primitivement, elle ait exigé, dans le cas de cette opération blanche, le paiement d'un nouveau droit de marché ; désormais la jurisprudence admet qu'il n'y a pas novation, et qu'en conséquence, le droit proportionnel ne peut être perçu ; le contrat ancien subsiste, puisqu'il n'est rien intervenu entre l'autorité maîtresse du marché, et les fournisseurs ou l'entrepreneur concessionnaire. Et comme aucun avantage n'est cédé qui puisse être chiffré, le droit cédé ne peut être évalué ni soumis en conséquence au droit proportionnel de vente immobilière que la Cour de Cassation appliquait depuis un arrêt du 6 février 1911 (J. E.

28.262) aux cessions de marchés à titre onéreux. Championnière et Rigault dans leur *Traité de l'Enregistrement* (1851) soutenaient qu'aucun droit proportionnel ne pouvait être perçu vu l'absence de dispositions légales à ce sujet. Les progrès de la taxation par assimilation renversèrent cette idée qui avait le tort de relever beaucoup plus de la défense des intérêts privés que d'un souci de productivité fiscale. La Cour a proclamé à nouveau qu'il n'y avait pas novation de contrat, qu'il n'y avait pas là un marché nouveau mais bien un seul et même marché dont les modalités d'exécution seules avaient changé. En effet, la cession de marché, s'analyse en un transfert d'obligations, moyennant le paiement d'un prix par le cessionnaire ; ainsi se trouve rémunérés les avantages que le cédant était appelé à retirer du contrat. Le droit cédé est un droit incorporel mobilier, taxé au droit de vente mobilière de 7 %.

§ 2 Régime fiscal des cessions de concessions.

A. Préliminaires.

Beaucoup plus complexe est la cession de concession ; elle comprend, certes, une cession de marché, mais elle ne comprend pas que cela ; le marché forme une faible part du contrat de concession, et la charge en est souvent négligeable aux yeux d'un concessionnaire qui achète une concession. Il convient alors de définir la nature du droit que cède le concessionnaire de service public afin de taxer la cession dont il fait l'objet. Cède-t-il la propriété des installations ou simplement de certaines d'entre elles ? Ne cède-t-il pas des éléments incorporels que l'on retrouve dans la cession des fonds de commerce : la clientèle, la renommée, la marque, ici entendue au sens

large ? La cession de concession est-elle un fait juridique qui a son unité, et dans ce cas, de quel fait juridique se rapproche-t-elle le plus ? Inversement, ne peut-elle se décomposer ? N'a-t-on pas alors à craindre de porter atteinte à son caractère juridique ?

Si la cession de concession se fait sans prix, elle est, à l'exemple de la cession de marché à titre gratuit une opération blanche qui ne peut donner lieu à la perception de droits proportionnels. Si au contraire, la cession se fait à titre onéreux, une distinction devra être faite au cas où la cession porte à la fois sur des travaux terminés et sur des travaux non terminés, ceux-ci constituant l'objet d'une cession de marché de Travaux Publics, et comme tels soumis aux droits particuliers.

Quant à la cession de concession proprement dite, la jurisprudence s'est ralliée à un système complexe et dont le principe est essentiellement analytique. Très vite l'insuffisance juridique de la taxation au seul droit immobilier s'est révélée : le droit du concessionnaire ne peut en aucune façon être assimilé à un droit immobilier, à cause de sa précarité en face des prérogatives de l'Administration issues elles-mêmes des nécessités du Service Public. Le droit du concessionnaire n'est assimilable à aucun droit immobilier du droit privé ; il est à la fois trop faible et trop fort pour ressembler aux droits du locataire ou du bailleur : trop faible en ce que la concession peut toujours être dénoncée par le fait du prince ; trop fort en ce que le concessionnaire peut acheter ou vendre des immeubles de la concession, faire tous les travaux nécessaires à la création ou à l'exploitation des services publics. Il ne se rapproche même pas du droit d'emphytéose du droit civil, véritable consolidation du droit de bail, mais qui est presque un droit réel

alors que le droit du concessionnaire est avant tout un droit personnel.

La vérité est qu'on ne peut avoir une notion juridique exacte du droit de concession que si l'on ne perd pas de vue la raison d'être de celui-ci, le service public. Ceci s'applique d'ailleurs à tous les droits particuliers qui se définissent par leur objet. Si la raison d'être du droit de propriété — qui serait souvent sa raison de ne pas être — est d'user et d'abuser de la chose que l'on a en propriété, c'est-à-dire de conférer une plénitude de « pouvoirs » à son détenteur, des droits sur la chose ou réels naîtront seuls et jusqu'à présent aucun droit personnel ne viendra sanctionner des obligations envers la Société, si le droit ne les reconnaît pas encore. De même, en matière de droit de concession, l'accomplissement régulier du service public — raison d'être du droit du concessionnaire — entraînera pour lui une série de pouvoirs sur les objets de sa concession, et une série d'obligations personnelles vis-à-vis de l'autorité concédante. C'est dire la nature mixte du droit du concessionnaire, c'est dire sa complexité qui le distingue si nettement des droits privés essentiellement simples.

Ainsi la jurisprudence n'a pu assimiler la cession de ce droit complexe à la cession d'un droit privé. Pas plus le droit immobilier que le droit personnel mobilier ne donne une idée exacte de ce qu'est le droit du concessionnaire, à la différence du droit de marché. L'analogie est fautive dans les deux cas.

La jurisprudence a alors cherché dans une analyse plus minutieuse du droit du concessionnaire les moyens de taxer la cession plus exactement. L'unité du droit du concessionnaire a été détruite et voici les conclusions auxquelles est arrivée une jurisprudence mouvante, sans cesse cons-

tructive, qui, après avoir trop bien construit, verra peut-être crouler une œuvre trop lourde pour les concessionnaires, et qui correspond très mal à l'unité juridique qu'offre la cession de concession ; au terme dernier de cette jurisprudence, une ventilation est à faire en ce qui concerne les divers éléments faisant l'objet de la cession :

1. La cession du matériel et de l'approvisionnement est soumise aux droits de vente mobilière ; remarque doit être faite que certains « meubles » peuvent devenir immeubles par destination.

2. La cession de concession et de clientèle est passible du droit de mutation de fonds de commerce.

3. La cession d'immeubles par nature ou par destination si les droits du concessionnaire sur ces immeubles sont immobilier (cf. supra, 1^{re} partie) est taxée au droit de mutation immobilière. Ainsi en serait-il des canalisations d'eau, de gaz, immeubles par nature ; des chevaux, voitures, ou appareils, immeubles par destination.

4. La cession de marché qui peut être contenue dans le prix est soumise au droit de vente mobilière.

5. Enfin la cession de cautionnement est taxée au tarif des cessions de créance, soit 1,50 %. Ajoutons que l'on pourrait encore découvrir une cession de bail, taxée du droit proportionnel particulier, non seulement lorsque la concession comporte l'occupation du domaine privé de l'autorité concédante et des propriétés particulières, mais encore lorsqu'elle comporte occupation du domaine public.

Si le système apparaît, à la simple énumération des conséquences qu'il entraîne, comme défectueux, il est intéressant de voir les difficultés du problème à travers la lente élaboration de la jurisprudence.

B. — La jurisprudence.

Les décisions des cours et tribunaux sur la nature du droit du concessionnaire en général dominent le sujet des cessions des concessions. En général, la tendance actuelle est de personnaliser le droit du concessionnaire sur les objets de sa concession, aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. La propriété des ouvrages, même au cas de clause facultative de retour, n'appartient plus au concessionnaire. (Cf. supra arrêt du C. E. Société de l'Ouenza). Toutefois, un arrêt récent du 5 juin 1936 du conseil de Préfecture interdépartemental de Toulouse (*Revue des Concessions* 1936, commune de Labarthe-sur-Rivière c/ Société d'Electricité et Gaz des Pyrénées) est en sens contraire d'une jurisprudence déjà forte et que l'on pouvait supposer établie : cet arrêt juge que dans une concession de distribution d'énergie électrique où une clause de retour gratuit des installations était stipulée, la propriété des ouvrages appartient au concessionnaire, quand le contrat ne stipule rien à cet égard. (Cf. supra).

Mais, quelle que soit la nature du droit reconnu au concessionnaire sur les ouvrages de la concession, nature sujette à caution, elle conduit à définir la cession de concession dans le sens d'une cession de droit mobilier ou immobilier, du moins en ce qu'elle se rapporte aux ouvrages de la concession, et non aux cessions de marchés, de cautionnement, de bail ou de clientèle, qui pourraient y être contenus.

Le premier arrêt intéressant, relativement à la taxation par l'Enregistrement de la cession de concession, est une décision du *Tribunal du Maine-et-Loire*, en date du 30 novembre 1928 (R. E. art. 9.022. Société Nantaise d'Eclairage

et de Force par l'Electricité). Le droit proportionnel de vente de fonds de commerce fut appliqué à la cession d'une concession qualifiée « fonds de commerce » en ce sens qu'on y comprenait la clientèle, l'achalandage, le bénéfice des polices d'abonnement. Sur le matériel des réseaux, le droit immobilier fut perçu sauf pour les compteurs en location. Plus net fut un jugement du *Tribunal de Limoges* en date du 12 mai 1932 (Union Electrique Rurale contre Administration de l'Enregistrement) qui assimila totalement et sans faire de discriminations fiscales, une concession d'électricité à une entreprise de manufacture et de fournitures, telle que le définit le Code de Commerce dans son article 632. La Société étant commerçante, le fonds devenait un fonds de commerce dont la cession était taxable au droit particulier. Une telle position, taxation unique de la cession de concession au droit de mutation des fonds de commerce, prête à une double critique : l'élément « marché », « cession du marché » n'y est pas pris en considération alors qu'il existe, et ne peut à aucun point de vue être considéré comme un accessoire de la « vente du fonds ». De plus, le service restant la propriété incommutable de l'autorité concédante, le droit temporaire de l'exploité, que possède le concessionnaire, ne saurait être assimilable au droit réel du propriétaire d'un fonds de commerce.

Le *Tribunal d'Angers* eut à juger une affaire voisine des cessions de concessions en 1933, et intéressant la C^{ie} des Chemins de Fer d'intérêt local de l'Anjou (24 mai 1933 R. E. 10.029).

Si l'affaire elle-même ne se rapporte pas directement au sujet qui nous occupe, elle était relative à la perception de l'impôt sur le revenu des créances sur le prix de rachat de la concession par le département du Maine-et-Loire, les

considérants du jugement renferment des arguments très importants et pertinents quant à l'impossibilité d'assimiler la cession de concession à une cession de fonds de commerce. « La concession d'exploitation par un département du réseau de voie ferrée d'intérêt local étant essentiellement temporaire, ne confère au concessionnaire qu'un droit de jouissance et est exclusive par sa nature de tout droit de propriété. Par suite, en cas de rachat de cette concession par le département, le concessionnaire ne peut céder une propriété qu'il n'avait pas, et, en abandonnant l'exploitation, il ne fait pas une opération assimilable à une cession de fonds de commerce ». Le Tribunal argumente ici sur la nature du droit du concessionnaire, dont le caractère essentiellement temporaire ne permet pas l'assimilation à un droit réel quelconque. Il semble bien en effet que, faire une pareille assimilation soit commettre une erreur juridique, et méconnaître la nature même de la concession, dont l'origine est entièrement administrative. Cependant, moins qu'un bail de service public à exécuter, la concession est un acte juridique spécial dans lequel la liberté laissée au concessionnaire est plus apparente que réelle, l'origine de la concession et la totalité des attributions étant et restant administratives. La meilleure preuve en est le droit d'action et d'intervention que la personne publique concédante conserve dans toutes les concessions, relativement à l'exécution du service public. Si le jugement du Tribunal d'Angers repose sur un argument solide, celui de la nature essentiellement mobilière du droit du concessionnaire, l'œuvre positive des juges a été moins bonne en ce qu'ils analysent la concession comme un droit de jouissance. En pareille matière, une prudence élémentaire est de règle, il vaut mieux parler d'analogie que d'assimilation.

Après avoir progressé, la jurisprudence dut revenir en arrière. Un jugement du *Tribunal de Bar-sur-Seine* en date du 26 février 1934 (*Société Lyonnaise des Eaux et de l'Eclairage*) donne raison à l'administration fiscale qui avait appliqué sur le prix de la cession le droit de mutation immobilière. La Société au contraire plaide la thèse de la taxation au droit mobilier, arguant de la nature du droit cédé, à ses yeux, incorporel. Tout en distinguant les biens mobiliers des biens immobiliers en vue de la taxation à appliquer, le Tribunal a estimé devoir faire porter le droit de mutation immobilière sur le droit même du concessionnaire. Pour le juge de Bar-sur-Seine, l'application du droit de mutation immobilière est légitimée, tant par le caractère immobilier du bien faisant l'objet de la cession que par la nature immobilière du droit du concessionnaire. Ont été déclarés immobiliers les biens, tant immeubles par nature qu'immeubles par destination, qui constituaient la concession : aussi bien les usines et transformateurs que les fils et câbles aériens, poteaux, et pylônes. Par une jurisprudence nouvelle et contraire aux précédents existant en la matière, les installations de superstructure des concessions d'énergie électrique étaient assimilées à des immeubles à cause de leur destination (fils et câbles) qui les rend aux yeux du juge nécessaires au fonctionnement des usines, ou à cause de leur fixité au sol, (poteaux et pylônes), sans que la distinction classique fût faite entre les poteaux de bois fichés seulement dans le sol et les pylônes de maçonnerie, ou poteaux noyés dans du béton. Telle est la théorie actuelle de la jurisprudence en matière d'immeubles par destination. Elle sera discutée plus loin. La Société concessionnaire eût pu discuter cette théorie extensive, notamment pour les fils

et câbles, mais elle s'est contentée de plaider le fond même de la question, la nature du droit du concessionnaire.

Celle-ci fut reconnue immobilière par le Tribunal de Bar-sur-Seine. A n'en pas douter il y a là une mauvaise interprétation du contrat de concession, et même, une contradiction avec la vieille thèse administrative de la précarité du droit de concessionnaire. Le jugement tire argument du fait qu'il existe une simple clause facultative de rachat qui interviendrait alors comme une condition résolutoire. L'insuffisance de cette position a été vue plus haut (première partie, chapitre II, § 4). Elle se heurte de plus à une position jurisprudentielle très ferme (cf. Société de l'Ouenza) qui n'attribue pas au concessionnaire, dans quelque cas que ce soit, la propriété des ouvrages de la concession.

Le Tribunal de Bar ajoute d'ailleurs que s'il y avait obligation de rachat gratuit, il y aurait seulement perception du droit de cession de marché, de 1,50 %, la concession étant considérée comme un véritable travail public. Il est à noter ici que la notion de concession, exploitation d'un service public, est absolument perdue de vue. Il n'y a de grandes différences entre une concession de travail public et une concession de Service Public. Alors que la première a pour objet une *entreprise de travaux*, la seconde a principalement sinon uniquement pour but un *service public*, de distribution aux usagers, du gaz, de l'eau, de l'électricité. Alors que la rémunération du concessionnaire du travail public est constituée par une subvention directe et le plus souvent par des taxes qui viennent le dédommager avec marge bénéficiaire de son travail, la rémunération du concessionnaire de Service Public est établie sur des bases plus larges comprenant notamment l'accomplissement du ser-

vice public et une assurance contre les aléas de son exploitation. La notion de service public domine la question des droits du concessionnaire : en ce sens le droit du concessionnaire *est plus fort, et mieux assis* que le droit de l'entrepreneur sur le marché ou le travail qu'il a à exécuter. Il ne peut être admis enfin que l'existence d'un travail à exécuter pour une distribution d'eau, de gaz ou d'électricité l'emporte sur le service public, pour déterminer le droit du concessionnaire. Assimiler la cession de concession de service public quand elle contient une clause de rachat obligatoire de la part du concédant à une cession de marché, semble une erreur qui doit être mise en évidence.

Dans ce cas, comme dans l'espèce jugée, le dispositif du jugement méconnaît la nature exacte du droit du concessionnaire, qui reste, dans la théorie moderne de la concession, uniforme dans tous les cas. La Société Lyonnaise a porté appel contre ce jugement : la Cour de Cassation aura à se prononcer sur cette importante question de cession de concession.

Le système de la haute juridiction judiciaire peut d'ailleurs être connue par *un arrêt très important rendu le 24 février 1936*. Les parties étaient l'Administration de l'Enregistrement d'une part, et la « Société Gesté-Villedieu et extensions » d'autre part. Cet arrêt est rapporté à la Revue des Concessions de 1936 (p. 213 et suivantes).

1. — *L'espèce*

Dans l'espèce, il s'agissait d'une acquisition pour le compte de la Société Gesté-Villedieu d'un réseau de distribution d'énergie électrique, exploité antérieurement par un sieur Bruneau électricien à St-Macaire-en-Mauger (Maine-et-

Loire). Le prix de la cession avait été fixé à 200.000 francs, et décomposé selon qu'il portait sur des éléments incorporels (128.000 francs) sur des fils de cuivre posés (10.500), sur le matériel mobilier, etc. Soumis à la formalité de l'Enregistrement, le contrat avait acquitté le droit proportionnel des cessions de fonds de commerce, suivant les indications de l'Administration Fiscale elle-même, frappée, il va sans dire, par la forme de la cession. Peu après, il fut réclamé des cessionnaires un supplément de 6 %, soit 12.000 francs pour acquitter le droit sur les mutations immobilières, alors de 15 %. La Société entama un procès, le Tribunal d'Angers donna raison à l'Enregistrement. Tels étaient les faits et l'état du procès quand il vint devant la Cour de Cassation.

II. — *Les deux thèses successives de l'Administration*

Deux thèses en sorte s'affrontèrent : la perception au droit établi pour les ventes de fonds de commerce d'une part, la perception au droit immobilier de l'autre. Toutes deux étaient relatives à l'application d'un droit unique sur l'ensemble du fait juridique, cession de concession, considéré dans son unité. Elles avaient été appliquées successivement par l'Administration Fiscale qui avait opté finalement pour la taxation au droit de 15 %. Enfin, toutes deux s'accordaient pour déterminer la nature du droit cédé d'après le caractère mobilier ou immobilier des biens de la concession, que l'on pourrait appeler les moyens d'exécution du service public.

L'avantage de la première solution, taxation au droit du fonds de commerce, était de donner une appréciation exacte du droit du concessionnaire, où, tout le monde l'admet,

rentrent des éléments incorporels. Elle avait le lourd inconvénient de laisser échapper des biens immobiliers dont le concessionnaire pourrait être le propriétaire et dont il serait indemnisé en fin de concession. La seconde solution faisait rentrer dans la catégorie des immeubles la portion du prix qui manifestement, était la contre-partie tant du droit incorporel du concessionnaire que des meubles qu'il pouvait posséder.

III. — *La Jurisprudence de la Cour*

Il était à prévoir que le système de la Cour allait écarter ces deux systèmes trop absolus. Le Haut Tribunal, cassa et annula le jugement d'Angers par les motifs suivants dont la portée est assez restreinte. N'est pas légalement motivé le jugement qui, pour faire application à une cession de concession du droit d'Enregistrement au taux immobilier, s'appuie :

1. Sur le prétendu caractère indivisible du réseau concédé ; si les réseaux électriques constituent bien des ensembles, il ne s'ensuit pas forcément et par cela seul que les diverses parties en doivent toutes être considérées comme des immeubles. (Cf. *infra*).

2. Sur l'incorporation au sol soit par eux-mêmes, soit par connection avec d'autres, des divers éléments du réseau, qui se trouveraient ainsi constituer des immeubles par nature ou par destination. Le Tribunal d'Angers n'avait pas précisé en effet ce qui constituait cette incorporation en fait et la Cour n'a pas reconnu les motifs suffisants (cf. *infra*).

Il est aisé de le voir les arguments de la Cour de Cassation sont restreints peut-être volontairement et ne parlent *que des objets* sur lesquels porte le droit du concession-

naire sans poser le principe du caractère mobilier du « droit d'exploitation ». La Cour ne s'en est pas tenue à cette œuvre négative, elle a fait œuvre positive d'interprétation de la loi en construisant une théorie ingénieuse, conciliante que la doctrine a déjà appelée « *La Théorie analytique de la cession de concession* ». Si tout droit doit être défini par son objet la Cour n'envisage pas l'exploitation du service public comme l'objet principal du droit du concessionnaire qui reste pour elle un droit réel. Ceci fait d'ailleurs partie d'une évolution différente vue plus haut et se rapportant à la définition du droit du concessionnaire. Il a été vu que ce droit tend à devenir personnel conformément à la théorie de la précarité des droits concédés aux particuliers par l'autorité administrative. La Cour le tient encore pour « attaché aux choses ». Il y a là d'ailleurs dans la définition du droit réel une erreur sensible, celui-ci apparaissant en réalité non comme « un rapport direct entre une personne et des choses » (Aubry et Rau) mais plutôt comme un pouvoir juridique opposable à tous (Planiol et Ripert). Or, le pouvoir du concessionnaire sur les biens de la concession n'est pas opposable à l'administration.

Partant d'une définition incomplète du droit réel la Cour a défini le droit du concessionnaire comme étant un droit réel et a élaboré sa théorie analytique dont l'énoncé est le suivant :

« Le fait que chaque élément de la concession concourt au but final de la concession qui est l'exécution d'un service n'empêche nullement qu'à l'intérieur de ce tout coordonné chaque objet garde son individualité juridique et par conséquent sa nature juridique propre. Le Juge n'a donc nullement l'obligation de ramener à l'unité juridique un assemblage d'objets de natures très diver-

« ses : Il doit décomposer la concession et soumettre chacune de ces parties au régime que comporte sa nature propre ».

En application de ce principe, la Cour décompose la cession de concession en éléments nombreux et variés : *cession de fonds de commerce* tout d'abord dans laquelle elle inclut le droit incorporel du concessionnaire, *cession de marchés* s'il en est en souffrance dans la concession, *cession de meubles ou d'immeubles*... Chacune de ces cessions, se trouve taxée à un droit particulier. Si un parallèle peut être fait entre les avantages et les inconvénients aussi bien pratiques que théoriques que comporte la théorie analytique de la Cour, la critique à notre avis l'emporte. La théorie nouvelle marque certes un progrès sensible sur la théorie de la taxation au droit très lourd des mutations immobilières : l'avantage fiscal pour les concessionnaires est évident et du point de vue doctrinal une meilleure et moins arbitraire analyse des droits du concessionnaire préside à la taxation lors de la formalité de l'Enregistrement.

Cependant quelque garantie pour les redevables qu'apporte la jurisprudence nouvelle elle n'est pas sans défauts : tout d'abord la surcharge fiscale reste importante et peut être évaluée à 10 à 11 % du prix de la cession ; des dégrèvements seraient à souhaiter surtout s'ils peuvent être établis sur l'application d'une justice plus stricte et sur une analyse juridiquement plus exacte de la cession de concession.

Que cède en effet un concessionnaire de services publics en vendant sa concession ? Avant tout *le droit de l'exploiter* et d'en tirer des bénéfices. Son droit n'est aucunement réel et il ne pourrait entraîner la propriété des immeubles compris dans la concession. La clause obligatoire de retour

paraît en effet assimiler la construction d'immeubles à un marché de travaux publics, de même que la clause facultative de retour gratuit. Un concessionnaire ne saurait être propriétaire mais détenteur d'un droit qui du point de vue du droit civil serait personnel à l'égard de l'Administration et réel à l'égard des tiers. Dans la majorité des hypothèses il dispose d'un droit mobilier incorporel sur la concession, sans qu'il puisse faire monnaie d'un droit de propriété qui appartient au concédant. Car, même dans le cas de l'existence d'une clause facultative de rachat, la jurisprudence (Société de l'Ouenza) a nié le droit de propriété du concessionnaire qui ne devient effectif qu'au jour où l'administration se désiste de son droit : question d'époque et de circonstances, les possibilités de reprise apparaissant plus fortes que l'éventualité contraire dans des temps où l'action et l'intervention des pouvoirs publics s'accroissent.

Le concessionnaire cède en outre certains droits accessoires, droit au bail, droit de propriété sur les meubles qui sont taxés à des droits spéciaux.

D. — *Système proposé*

Le problème est d'envisager la cession de concession dans son ensemble sans détruire son unité juridique, sans davantage y comprendre des éléments qui n'y rentrent pas normalement. Une fois de plus la théorie des dispositions dépendantes et indépendantes, la plus forte et la plus ouverte aux découvertes juridiques, la plus progressive par là des théories de l'Enregistrement trouve son application.

D'après ce qui a été dit plus haut, et les arguments développés, la taxation des cessions de concessions peut être envisagée de la façon suivante :

1. *Taxation de la cession du droit à la concession*, par estimation de la part du prix y afférent au droit proportionnel perçu sur la cession des droits mobiliers (1). Ce sera normalement la portion la plus forte du prix. Il ne nous apparaît pas que la perception du droit proportionnel sur les mutations de fonds de commerce doive être envisagée, le droit du concessionnaire étant un droit personnel et précaire, alors que le droit du cessionnaire de fonds de commerce est réel et susceptible d'une taxation plus lourde par son caractère même.

2. *Taxation des dispositions indépendantes de l'acte*, parmi lesquelles peuvent être rangés des droits particuliers sur les immeubles acquis ou construits et des droits sur la cession du matériel et des meubles de l'exploitation ou sur une cession de bail qui ne feraient pas partie intégrante du droit à la concession.

Cette théorie a l'avantage d'être conforme à la nature juridique du droit du concessionnaire, aux principes généraux de l'Enregistrement, et de s'inspirer d'une nécessité certaine de détente fiscale.

Nous nous faisons un devoir de rapporter d'ailleurs l'opinion sur ce point particulier de M. Jehan Carayon dans sa thèse (Paris 1934, page 141) où il analyse, trop succinctement malheureusement la cession de concession : « Quelle que soit la catégorie de concessions, à laquelle elle se rapporte la cession ne transfère aucun droit de propriété ou de jouissance, mais simplement les charges et bénéfices de l'exploitation ». Elle est par conséquent transmissible d'un droit purement mobilier. Si le principe est juste, il ne nous semble pas absolu, nous l'avons vu plus haut et il y

(1) Soit le droit proportionnel de 7 %.

a des concessions où le droit de propriété du concessionnaire est certain, ne serait-ce que sur les meubles et le matériel. Un arrêt trop particulier relatif à une concession de chemins de fer (Cassation Ch. Civ. 15 mai 1861. S. 61. 1. 888) a servi de point de départ à M. Carayon qui nous paraît s'y être arrêté. On ne peut induire de ce cas à la généralité des concessions ; d'ailleurs, il semble que les tentatives de la jurisprudence soient appelées à se tempérer au cours des prochains litiges et à s'assouplir devant les faits et la nécessité de reconnaître aux concessionnaires surtout dans les concessions nouvelles qui se multiplient suivant une notion parfois discutable du service public, certains droits du propriétaire. (Conseil de Préfecture de Toulouse, arrêt 5 juin 1936).

APPENDICE

LA QUESTION DE LA DÉTERMINATION DES IMMEUBLES ET DES MEUBLES DE LA CONCESSION

L'un des litiges soulevés à l'occasion de la taxation à l'enregistrement des cessions de concessions est la détermination du caractère mobilier ou immobilier des ouvrages cédés dès lors que la Cour de Cassation s'en tient à définir le droit du concessionnaire par la nature des biens de la concession. Par ailleurs, dans la théorie qui est proposée ici à la suite des critiques soulevées par le système de la Cour, cette détermination s'imposerait encore dans les cas où les dispositions taxables seraient considérées comme indépendantes de la concession proprement dite.

Le jugement du Tribunal de Bar-sur-Seine du 26 février 1934 a été manifestement trop progressif en attribuant à

l'ensemble du réseau le caractère immobilier en raison de sa destination ou de sa fixité et de son incorporation au sol. De même le Tribunal d'Angers infirmé dans son jugement par la Cour de Cassation dans l'affaire de la société Gesté Villedieu proposait la même jurisprudence en se basant sur un argument nouveau, celui de l'indivisibilité des ouvrages de la concession qui aboutissait à faire des fils, câbles, poteaux et pylônes, des immeubles par destination.

De pareilles tentatives dont l'essai prouve la nécessité de comprendre en un tout la concession cédée proviennent d'une application défectueuse du droit strict que la Cour de Cassation dans l'affaire Gesté Villedieu n'a pas manqué de signaler.

Si l'on recherche la raison profonde de la classification des biens en meubles et immeubles, elle semble correspondre à un caractère de stabilité économique. Les immeubles donnent naissance à des droits dont la nature immobilière sera plus forte et mieux garantie que les droits qui naissent sur des meubles. La nécessité de cette double réglementation, protectionniste et sûre pour les immeubles, souple pour les meubles, correspond à la nature même des choses et à la diversité des biens que le monde offre à l'activité humaine. La délimitation reste délicate à faire cependant pour les catégories intermédiaires de biens dont la destination semble être vouée à une immobilisation et qui sont par leur nature physique d'espèce mobilière. Ainsi en est-il des biens meubles dénommés *immeubles par destination* par le Code Civil. (art. 522 à 525 inclus). Il apparaît qu'en ce qui regarde les ouvrages de superstructure ou d'infrastructure des concessions d'énergie électrique, d'eau ou de gaz, les réseaux aériens et souterrains forment véritablement un tout car ils présentent le double caractère

d'être incorporés plus ou moins profondément au sol et de dépendre de l'usine de distribution d'électricité, de gaz ou du réservoir d'eau quand ils ne dépendent pas des habitations qu'ils desservent immédiatement. Ils apparaissent ainsi comme des dépendances de l'usine et semblent pouvoir être considérés comme immobiliers par destination à titre d'accessoires d'un immeuble auxquels ils se rattachent. De même le caractère immobilier pourrait leur être reconnu par leur nature même et l'élément de fixité qu'ils représentent. Ces arguments, la Cour de Cassation les a repoussés comme étant contraires au Droit strict, mais il est très important de souligner ici que d'après la logique même des choses, l'immobilisation devrait être reconnue à l'infrastructure comme à la superstructure. D'ailleurs la ligne du droit français est dans ce sens car l'Ancien Droit différenciait les « héritages » ou immeubles des choses meubles d'après deux éléments : la durée, et l'utilité de la chose comme productive de revenus, qui paraîtraient bien jouer en faveur de l'immobilisation des ouvrages de la concession.

L'inconvénient de la législation du Code Napoléon a été en s'attachant uniquement à la mobilité ou à l'immobilité des biens de donner une théorie trop étroite des immeubles par destination. Planiol l'avait fait remarquer et appliquait sans distinction aux poteaux, pylônes et fils, aux installations de toutes sortes effectuées à titre permanent par un concessionnaire le caractère d'immeubles. Mais il y a loin de cette position à l'application stricte du Code Civil ; celui-ci indique deux conditions, outre l'existence d'un fonds, pour permettre d'appliquer la théorie de l'immobilisation : il faut que le meuble et l'immeuble appartiennent au même propriétaire, il faut ensuite un rap-

port de destination entre le meuble et l'immeuble. (Planiol et Ripert, Droit Civil 12^e édition, tome 1 n^o 2215 et suivants. Aubry et Rau, Droit Civil tome 2 par. 164, Code Civil annoté de Fuzier-Herman et Demogue art. 524). La raison de la seconde condition est évidente puisque c'est de ce rapport de fait établi soit par une affectation de meubles, au service de l'immeuble, ou par une attache du meuble à perpétuelle demeure, que naîtra l'immobilisation par destination. Mais pour la première condition la raison est moins forte et ce fait a été mis pleinement en lumière par MM. Planiol et Ripert ; alors que la majorité des auteurs l'explique par le fait que seul le propriétaire peut faire des immeubles par destination ou que l'immobilisation devant se produire dans l'intérêt même du fond, seul le propriétaire est représentant de cet intérêt, les auteurs précités voient dans cet argument une raison imaginaire ; la véritable raison étant que la question ne se pose pas pour les objets mobiliers qui appartiennent à une personne non propriétaire du fonds. *La seconde condition serait en réalité la seule* et dès lors que le rapport de destination est suffisamment établi, l'immobilisation doit être reconnue.

L'identité de propriétaire pour le meuble et l'immeuble avait donc été posée en principe sans que des applications pratiques se fussent rencontrées. Peut-être y a-t-il là un exemple malheureux d'un concept premier trop facilement accepté et dont l'évidence ne peut plus être reconnue. C'est au contact des faits de la vie courante que peut se développer le droit, qu'ils soient dégagés par la doctrine ou la jurisprudence. Et les théories trop rigides ne font que ralentir son évolution.

Dans le cas particulier de la concession, les ouvrages divers édifiés par le concessionnaire sont à n'en pas douter

en rapport de destination avec l'usine de production et de distribution avec laquelle ils forment un tout dont l'indivisibilité est aussi nécessaire à l'exploitation permanente de la concession que facilement constatable. Le « fonds » sera l'usine génératrice et seule la condition de l'identité du propriétaire fera défaut. Le caractère relatif de cette donnée a été vu plus haut, aussi cette apparente révolution dans l'application du Code Civil ne doit-elle entraîner aucune difficulté. Les données ne peuvent être les mêmes pour des hypothèses différentes : autrefois, la propriété privée ne pouvait subir d'emprise par le fait d'un service public. *De nos jours, ces emprises se multiplient au contraire et un assouplissement de la théorie des immeubles par destination semble devenu nécessaire.*

Si le Code reconnaît le caractère d'immeubles aux « tuyaux servant à la conduite des eaux dans une maison ou autre héritage » en spécifiant qu'ils « font partie d'un fonds auquel ils sont rattachés » (art. 523) il ne dit rien, et pour cause, des lignes électriques et installations diverses. L'on a vu précédemment que la Cour de Cassation a restreint considérablement l'application de la théorie des immeubles par nature, biais par lequel ce caractère pouvait être donné aux établissements et appareils édifiés par les concessionnaires, et elle a refusé de les comprendre dans une application de la théorie de l'immobilisation par destination.

Seule, cette seconde théorie paraît devoir donner à la question dans son ensemble, une solution satisfaisante, à condition qu'elle soit assouplie. Quant à la première, elle divise le problème en cas particuliers et restreint à l'avance, la portée des solutions.

L'état actuel de la question de la détermination du caractère des ouvrages édifiés pour l'exploitation d'une concession est le suivant :

1° Application normale de la théorie des immeubles par nature aux édifices, terrains, constructions, aux canalisations d'eaux, de gaz et aux conduites souterraines d'électricité.

2° Application normale de la théorie des immeubles par destination aux accessoires mobiliers des usines, aux chevaux, voitures et appareils suivant les conditions rapportées plus haut.

3° Les fils et câbles d'une concession d'électricité sont déclarés meubles par la Cour de Cassation, quoiqu'ils soient envisagés comme des immeubles par destination par l'Administration de l'Enregistrement (R. E. 3974). Une évolution prochaine est peut-être prévisible vu les motifs relevés par la Cour dans son arrêt de cassation du jugement concernant la Société Gesté-Villedieu. Le jugement attaqué s'appuyait en effet sur l'indivisibilité du réseau et sur l'incorporation au sol de certains éléments, motif dont la Cour a souligné l'imprécision *sans les rejeter comme étant mal fondés*.

4° Les poteaux et pylônes.

Si les seconds ont le caractère d'immeubles par nature parce que construits en béton ou solidement incorporés au sol dans une masse de ciment, les poteaux n'ont ce caractère que s'ils sont fixés au sol par du ciment. S'ils sont simplement fichés au sol, ils restent meubles.

5° Les transformateurs enfin sont déclarés immeubles mais depuis une jurisprudence assez récente puisqu'elle ne date que de 1931 et 1933. Il est à noter que c'est le Conseil d'Etat qui a statué sur la question en deux arrêts, le premier

du 20 novembre 1931 (Société Générale Force et Lumière c/ Administration des Contributions Directes, Revue des Concessions, tome 31, p. 27), le second du 1^{er} décembre 1933 (C^{ie} du Bourbonnais c/ Administration des Contributions Directes, Revue des concessions 1934, p. 106). La jurisprudence civile de la Cour de Cassation ne semble pas encore être définitivement fixée dans ce sens, paraissant rechercher strictement les éléments de fixité des dites installations au lieu de leur étendre la théorie des immeubles par destination.

CHAPITRE III

Le rachat anticipé

Le rachat d'une concession existante peut se produire à deux moments très différents de la vie de la concession : à l'expiration normale du contrat si celui-ci prévoit la reprise des installations ou avant la fin de la concession ; dans ce dernier cas, il s'agit d'un rachat anticipé.

La différence entre le rachat anticipé et le retour normal des installations au concédant à la fin de la concession réside surtout dans le caractère spécial de la cession qui a lieu dans le premier cas. Le concédant ne se contente pas en effet de racheter des installations existantes mais il achète en plus *le droit de les exploiter* pendant le temps qui reste à courir sur la concession, droit qui appartenait au concessionnaire.

Les droits qui seront perçus au titre de l'Enregistrement comprendront donc des droits sur la reprise des installations si elle n'a pas été prévue dans le contrat et un droit sur la cession du droit mobilier d'exploitation. Le montant de cette cession mobilière sera généralement facile à connaître étant représentée par une indemnité que le concédant paiera au concessionnaire racheté. Il sera taxé au droit de 7 %. Sinon il devra être évalué par les parties et soigneusement distingué de la rémunération des droits réels qui pourraient être reconnus au concessionnaire,

Quelque désirable qu'il puisse être que les droits sur les mutations pouvant se produire à la fin de la concession soient liquidés dès l'entrée en vigueur du cahier des charges, les droits du concessionnaire tendant à être des droits personnels sans attaches réelles avec les biens de la concession, l'évolution ébauchée n'est pas encore à son terme ; il apparaît même qu'une telle analyse cadre mal avec toutes les hypothèses de concession, qui ne rencontrent par forcément à leur terme une prise de possession, même probable du concédant.

En principe la perception du droit de marché s'accompagne de la perception des droits sur le rachat en fin de concession. C'est ainsi que comme il a été vu des droits de mutation mobilière ou immobilière peuvent être demandés par l'Enregistrement, la mutation étant présumée se faire pour les biens apportés par le concessionnaire dès l'ouverture de la concession. Au cas où le rachat n'a pas été prévu par le cahier des charges il sera assimilé à une cession de concession (cf. chapitre 2, § 4).

L'assiette des droits d'Enregistrement apparaît alors la suivante au cas de rachat anticipé :

1° Perception des droits exigés d'un concessionnaire de concession, si le rachat en fin de concession n'a pas été prévu.

2° Si le rachat a été prévu une évaluation différente devra être faite de *l'indemnité* versée au concessionnaire racheté et *éventuellement des biens repris*, s'ils n'ont pas subi de taxation lors de l'entrée en vigueur du cahier des charges.

Pour M. Maguero cette seconde taxation ne doit pas se produire, la totalité des droit exigibles sur le rachat étant payée avec le droit de marché qui frappe selon lui le mono-

pole. En fait, souvent l'imprécision des cahiers des charges n'a pas permis de préjuger de l'issue de la concession et la perception des droits a été suspendue, principalement dans les concessions anciennes. Actuellement la perception maxima est de règle, en même temps que les droits du concessionnaire sont restreints ; il suffit que le contrat ait envisagé la simple faculté pour le concédant de reprendre les installations, contre le paiement d'une indemnité pour que des droits soient perçus immédiatement lors de la passation du contrat, il faut remarquer alors que si l'Administration concédante ne fait pas usage de la faculté qu'elle a de reprendre les installations, l'Administration de l'Enregistrement ne restitue par les droits indument perçus parce qu'elle ne reconnaît pas l'effet des conditions résolutoires. La théorie de l'Administration manque totalement de souplesse et si celle-ci tenait à sauvegarder le principe de la non-restitution des droits, elle aurait dû considérer la décision de reprise du concédant comme une condition suspensive à la réalisation de laquelle seulement la perception des droits se produirait. En la matière la condition résolutoire paraît plus proche de la vérité juridique et s'accordait mieux avec la personnalité du droit des concessionnaires ; la restitution des droits devrait alors venir compenser une perception trop hâtive. Faut-il d'adopter ce dernier principe d'équité fiscale, l'Administration renforce par là même les exigences des concessionnaires déjà lourdement chargés par les conditions d'exploitation spéciale des services publics.

Des discussions se sont élevées entre les auteurs et parmi la jurisprudence des divergences sont apparues en ce qui concerne *le caractère même de l'indemnité de rachat anticipé*. L'opinion de M. Maguero qui a prévalu et a fixé la question est de la considérer comme le paiement d'une

cession de droit mobilier, et comme telle taxable à 7 %. Dans un arrêt ancien, qui date de 1841, relatif à l'affaire des abattoirs de Batignolles, la Cour de Cassation eut à choisir entre trois systèmes de taxation : l'indemnité de rachat pouvait être considérée comme la rémunération soit d'un droit incorporel mobilier, soit d'un droit de bail immobilier ou comme une simple obligation du concédant vis-à-vis du concessionnaire. La jurisprudence opta pour cette dernière théorie qui taxait l'indemnité au droit de 1,50 % (art. 123 du Code de l'Enregistrement) plus avantageux que le droit incorporel mobilier mais plus lourd que le droit de bail, qui dans l'hypothèse pouvait être envisagé du fait de la rémunération des immeubles dont le concessionnaire n'abandonnait pas la propriété et qui pouvaient constituer la totalité de l'indemnité, l'exploitation apparaissant déficitaire et les avantages cédés étant plutôt négatifs. Néanmoins la Cour a considéré le paiement de l'indemnité comme une simple obligation. L'Administration a admis par la suite et dans la même ligne que l'indemnité de rachat représente le prix des travaux ou du marché passible du droit de marché, ce qui revenait à la théorie de la Cour adoptée aussi par Garnier.

L'administration fiscale soutient aujourd'hui que l'application du droit de 7 % doit être envisagée, la rémunération portant moins sur les marchés et les travaux que sur *la cession du droit d'exploitation* du concessionnaire. Si juste que paraisse cette analyse, elle semble contenir une part d'erreur. Cela provient de ce que l'on a voulu par excès de simplification et de science donner une explication facile et séduisante de la nature juridique de l'indemnité de rachat. La vie juridique faite de complexes peut difficilement se résumer en une série d'opérations simples

et distinctes. En réalité si ces opérations se ressemblent par leur forme, elles correspondent souvent dans l'esprit des parties à des notions ou à des buts différents. Ainsi en est-il du rachat anticipé dans lequel l'indemnité peut représenter aussi bien une simple obligation du concédant *rémunérant* le concessionnaire de son marché ou de ses travaux non encore amortis qu'un prix de cession véritable du droit à l'exploitation dont jouissait le concessionnaire. Il peut y avoir augmentation du prix du marché ou rachat d'un droit personnel, nous optons dans la majorité des cas pour la deuxième solution. Si l'on refuse au concessionnaire un droit réel sur les ouvrages et installations la jurisprudence dernière du Conseil d'Etat lui reconnaît un droit personnel à l'exploitation: en vérité c'est le moins qu'on puisse lui reconnaître et c'est l'objet même d'une concession pour une durée donnée que de garantir, sauf faute de sa part, au concessionnaire la jouissance paisible de son droit à l'exploitation pendant cette période. Si le concédant par une mesure qu'il lui est toujours légitime de prendre, met fin au contrat avant le terme fixé, le droit du concessionnaire est sacrifié et l'indemnité de rachat présente un caractère d'équivalence non dissimulé, toutefois, elle n'est pas seulement la rémunération de ce droit d'exploitation, elle rémunère souvent un manque à gagner « *stricto sensu* » s'analysant dans *un complément du prix du marché* lorsque les frais engagés n'ont pas été rémunérés par les fournitures faites par exemple. De même l'indemnité pourra comprendre une part afférente à la cession d'un droit de bail immobilier ou une part afférente à la cession du matériel et des approvisionnements.

L'analyse de l'indemnité de rachat en prix de cession d'un droit mobilier est insuffisante ; elle se complète par

d'autres éléments indépendants de cette cession de droit, manque à gagner, cession de bail, etc...

En définitive il semble qu'on aboutisse ainsi à une analyse juridiquement plus exacte du prix payé et à un dégrèvement fiscal important.

Objectera-t-on l'unité du rachat, la dépendance réciproque de ces rémunérations diverses ? Outre que l'unité de l'acte juridique n'existe pas plus dans la pensée des parties surtout du concessionnaire que dans la nature même du rachat, complexe par elle-même, il ne s'agit pas là d'une cession de concession dont les éléments dépendent nécessairement les uns des autres en général, mais d'une opération administrative en quelque sorte qui peut parfaitement s'envisager sur une partie des éléments de la concession. Le rachat du droit d'exploitation peut se concevoir indépendamment d'une rémunération du concessionnaire pour le marché qu'il a entrepris avec le concédant. Le concessionnaire peut rester à la tête de la concession sans disposer d'un droit à l'exploitation, sa situation est seulement devenue précaire.

CHAPITRE IV

Le prix réel du marché et l'Enregistrement

Au moment de la passation du contrat de concession, l'Administration de l'Enregistrement a perçu le droit de marché, et éventuellement, un certain nombre d'autres droits sur les dispositions du cahier des charges reconnues indépendantes du contrat de concession proprement dit. Pour le calcul du droit de marché lui-même, il a été vu que l'estimation émanant des parties fixe le prix du marché de concession, si tous les éléments n'en sont pas nettement définis dès le premier moment. Non seulement, le prix des fournitures ou des travaux est fixé plus ou moins forfaitairement, mais encore, la quantité de ces fournitures ou l'importance de ces travaux peuvent ne pas être fixés au contrat. C'est le cas lorsqu'un minimum de fournitures est fixé dans le cahier des charges, et lorsqu'un minimum et un maximum sont fixés ; ou encore si une clause envisage l'éventualité ou la probabilité de certains travaux ou fournitures supplémentaires.

Bref, dans nombre de cas, sinon dans tous, *une inconnue subsiste* à savoir le montant définitif des prestations du concessionnaire à la personne publique concédante. Dans toutes ces hypothèses, l'Enregistrement devra suivre la vie de la concession afin de réclamer en temps voulu les impôts ou taxes supplémentaires, lorsque le prix définitif

du marché et de la concession s'avère supérieur aux prévisions.

L'Administration Fiscale dispose, pour ce faire, de renseignements divers. En plus de l'inscription spéciale à laquelle elle procède pour toutes les affaires pendantes pouvant donner lieu à perception éventuelle et qui lui permet de suivre l'exécution des actes administratifs et particuliers, elle dispose de son droit général de communication sur les pièces comptables de l'entreprise concessionnaire et sur les documents administratifs.

Elle reçoit en outre des communications spéciales des comptables directs du Trésor qui ont versé une rémunération au concessionnaire de la part des collectivités publiques. Les mesures prises pour assurer le recouvrement des droits supplémentaires ont été modifiées par divers décrets : du 15 octobre 1921, des 17 février et 2 avril 1922 en ce qui concerne les marchés de l'Etat, et du 23 janvier 1923 pour les marchés des départements et des communes. D'après ces décrets, les entrepreneurs, fournisseurs et concessionnaires sont tenus pour obtenir le paiement du solde du prix qui leur est dû de produire à l'ordonnateur responsable de la collectivité publique un certificat du Receveur de l'Enregistrement constatant l'acquittement intégral des droits. D'autre part, les relevés semestriels des comptables directs aux Receveurs de l'Enregistrement ont été rétablis par une circulaire de la Direction de la Comptabilité Publique du 20 août 1925. Si les comptables directs ont été dispensés de cette formalité souvent inutile pour nombre d'entre eux, à partir du 1^{er} janvier 1929, ils doivent néanmoins fournir à l'occasion de chaque paiement, des fiches permettant aux receveurs d'assurer le recouvrement des droits. Ces fiches sont centralisées par la Trésorerie Génér-

rale et transmises en fin de mois aux directions départementales de l'Enregistrement.

Si la question du recouvrement des droits supplémentaires peut se poser, inversement, celle de la restitution des droits indûment perçus est soulevée lorsque le prix définitif de la concession ou du marché est inférieur au prix fourni dans l'estimation première.

Deux cas doivent être examinés séparément : celui où le prix réel de la concession est supérieur aux prévisions et celui où le prix réel leur est inférieur.

SECTION I. — PRIX DÉFINITIF SUPÉRIEUR AUX PRÉVISIONS

Aucun doute ne peut exister sur le caractère provisoire de la perception au moment du contrat, tant à l'égard du Trésor que d'ailleurs des parties, en ce qui concerne la perception de droits supplémentaires. La perception première étant basée sur des éléments présumés, évalués, la base certaine de taxation manque et l'Administration est en droit de réclamer tant des droits supplémentaires si les chiffres de la déclaration estimative sont insuffisants que même des pénalités dans le cas où la loi en prévoit. Mais une règle absolue préside à ces nouvelles perceptions : « Il faut et il suffit, dit M. Maguero, (Dictionnaire de l'Enregistrement « Marché et Concessions ») pour qu'un droit complémentaire soit exigible, que les travaux supplémentaires aient leur titre dans le cahier des charges ou dans le marché lui-même ». Serait injustement appliquée la taxation de travaux imprévus, dont les frais seraient à la charge du concessionnaire, à moins que celui-ci ne reçoive un prix pour ce marché nouveau. Les travaux prévus, au contraire,

et qui ressortent d'une exécution normale du contrat, tombent sous le coup du droit proportionnel de marché, particulièrement si une clause du cahier des charges, fréquemment insérée dans les contrats, oblige d'avance le concessionnaire ou l'adjudicataire à se prêter aux modifications. Celui-ci est censé être rémunéré en proportion de toutes les obligations figurant au cahier des charges.

Par exemple, la perception de droits supplémentaires sera légitime, non seulement en cas de fournitures ou de travaux supplémentaires, mais encore au cas d'augmentation de la durée de la concession (Chapitre I de la 2^e partie). De même, et le cas est typique, lorsque la mise en régie est prononcée comme sanction contre un concessionnaire défaillant. Le supplément de droits est exigible sur la fraction des dépenses totales qui excéderait le prix originel du marché et qui est laissée à la charge du concessionnaire défaillant.

Une distinction doit être faite toutefois, pour l'assiette des droits supplémentaires entre les sommes qui reviennent au concessionnaire en rémunération de travaux ou de fournitures nouvelles, et celles qui lui seraient allouées à titre de dommages-intérêts, ces dernières n'étant passibles seulement que du droit d'obligation.

La liquidation des droits se fait d'une manière très simple ; l'Administration suit le prix du marché ou de la concession au cours de son exécution, et opère par différence entre le prix initialement fixé et le prix réel. Sur cette différence est appliqué le droit de marché.

Les règles générales suivies en matière de prescription de droits d'Enregistrement s'appliquent pour le recouvrement des droits supplémentaires. La prescription de l'action appartenant à l'Enregistrement est trentenaire sauf s'il existe un titre enregistré et suffisamment explicite pour

permettre à l'Administration d'asseoir de nouveaux droits. Dans ce dernier cas, la prescription est triennale.

SECTION 2. — PRIX DÉFINITIF
INFÉRIEUR AUX PRÉVISIONS

I. — *Principe de la non-restitution
des droits d'Enregistrement*

Les droits de l'Administration sont parfaitement sauvegardés en matière de perception de droits supplémentaires ; la logique et l'équité exigeraient qu'il en soit de même pour les droits des particuliers ; la référence d'ailleurs n'est pas bonne pour un système fiscal, de saisir les moindres occasions abritées certes derrière les principes de la loi du 22 Frimaire An VII, fondamentale de l'Enregistrement pour conserver un système d'impositions dont les défauts n'ont pas à être démontrés.

La loi de Frimaire en son article 60, avait établi en règle que les droits d'Enregistrement n'étaient jamais sujets à restitution, s'ils avaient été régulièrement perçus. L'Administration Fiscale n'envisageait donc l'acte ou la mutation qu'il lui était soumise qu'au moment de sa présentation ou de sa déclaration, se désintéressant complètement des événements ultérieurs quels qu'ils puissent être. Ce système empêchait les fraudes possibles de se produire et correspondait en somme assez bien à la fixité et à la rigidité des contrats passés entre particuliers. Cependant, la Cour de Cassation ne fut pas sans y porter atteinte à la fin du siècle dernier, et la jurisprudence qu'elle élaborait devait faire naître la loi du 18 janvier 1912, dans les dispositions de laquelle on trouve le principe — qui n'était pas assez

mûr alors et qui ne put être appliqué — de la possibilité des restitutions. Trop timide, cette loi dut être interprétée et les applications qui en furent données restèrent dans la ligne de la loi de Frimaire. L'on peut dire aujourd'hui que le principe de la non restitution des droits subsiste en fait, et qu'il souffre des exceptions. La loi de 1912 en effet permet bien la restitution « dans tous les cas où il y a lieu à annulation » mais cette annulation aux termes mêmes de la loi doit être judiciaire ; la restitution reste impossible quand il y a eu révocation ou résolution par application des articles 954 à 958, 1183 et 4, 1654 et 1659, du Code Civil. Les droits des particuliers sont prescrits d'ailleurs au bout d'une période qui va de deux à six ans, après l'enregistrement initial.

Le système de l'an VII a été peu assoupli, peut-être par crainte des collusions frauduleuses entre particuliers ; mais l'aggravation du taux des droits proportionnels a encore accentué les défauts de la loi de Frimaire.

2. — *Application au contrat de concession*

L'Administration Fiscale s'est bien ménagée la possibilité de percevoir des droits supplémentaires, elle a refusé en règle générale, par application du principe de non restitution, de rembourser une partie des droits au cas où le prix du marché s'avère inférieur au prix fixé dans la déclaration estimative, même au cas où la concession est annulée ou résolue. On n'en peut mieux déduire que l'assiette des droits d'enregistrement est *forfaitaire*, elle ne se modèle plus sur l'acte juridique réel, sauf en cas d'augmentation du prix du marché. Deux cas sont à distinguer : le cas d'une diminution du prix du marché ou de la concession, et le cas

d'une annulation du contrat ; le premier cas peut donner ouverture à une restitution de droits trop perçus si une erreur de fait est imputable aux parties, ou si cette réduction est produite par le jeu d'une clause facultative insérée au contrat. Les facilités offertes aux particuliers peuvent sembler larges, mais en réalité l'appréciation de l'erreur de fait est très restrictive, l'erreur doit être manifeste, et aurait pu être évitée lors de la déclaration. La deuxième hypothèse donne ouverture à une action judiciaire si les parties n'obtiennent pas satisfaction de l'Enregistrement, à condition qu'elles se soient pourvues en restitution dans les délais fixés par la loi du 31 janvier 1914, c'est-à-dire dans les deux ans de l'enregistrement de l'acte, ce qui est très court.

Au cas où le contrat lui-même tombe, la restitution des droits ne peut jouer que si la résolution du marché ou de la concession est judiciaire, une résiliation intervenant après accord amiable des parties ou à la suite d'un événement de force majeure ne pourrait donner lieu à restitution. Quant à l'annulation administrative, une mesure extra légale est venue suppléer partiellement à l'insuffisance de la législation : si le principe de la non-restitution subsiste, pratiquement la restitution peut être demandée et être accordée, suivant une très ancienne décision ministérielle du 8 Nivôse an IX, au cas d'annulation du fait du Prince de marchés conclus par l'Etat. Pour ce faire, la demande en restitution doit être accompagnée des pièces justificatives, notamment d'un certificat de l'autorité administrative constatant l'accomplissement des conditions exigées par la D. M. du 8 Nivôse an IX, elle doit être formulée enfin dans les deux ans qui suivent la mesure administrative. Cette procédure s'applique de même pour les travaux qui auraient été aban-

donnés ou ajournés sur l'ordre de l'administration concédante.

Ces dispositions peuvent paraître suffisantes et par là induire en erreur sur leur véritable portée. Elles ne constituent que des mesures gracieuses, des compensations accordées bénévolement par l'Administration fiscale ; elle ne donne au réclamant aucune action judiciaire pour sauvegarder ses droits. Le système de l'an IX semble alors très imparfait ; en fait, il est peu appliqué, la régie restreignant cette mesure de faveur aux seules résiliations dictées par l'intérêt de l'Etat. Si l'Etat intervient pour sauvegarder l'intérêt du concessionnaire, celui-ci se verra refuser la restitution des droits. C'est là se fier au bon vouloir de l'Administration Fiscale. Enfin, cette disposition n'a pas d'applications pour les concessions les plus nombreuses, celles qui sont octroyées par les collectivités locales. Il est à remarquer toutefois que les dispositions de la D. M. de Nivôse an IX sont étendues pour les marchés et concessions de l'Etat aux résiliations prononcées en vertu d'une disposition du traité prévoyant une indemnité représentative des dépenses à verser aux fournisseurs ou aux concessionnaires. La résiliation trouve alors son titre dans le contrat. Quant à la déchéance, elle n'ouvre absolument pas de droit à la restitution.

3. — *Critique du système.*

La non-restitution est la règle, sauf au cas de résolution judiciaire ou passée en forme de chose jugée ou au cas d'erreur manifeste dans la déclaration estimative. Or, les résolutions de marchés ou de concessions sont en général amiables ou administratives (résiliations), et les diffé-

rences de prix ne se manifestent que pendant l'exécution de la concession ; aucune restitution n'est alors possible. La pratique fiscale a voulu apporter une dérogation en ce qui concerne les marchés de l'Etat. Nous en avons vu la portée restreinte. En règle générale, le concessionnaire n'est pas admis à la restitution de droits versés indument, dont l'assiette n'a jamais pu être établie pour défaut de matière imposable.

Or, en étudiant de près la nature et le développement des contrats administratifs, en particulier de celui de concession, on ne peut qu'être frappé de la différence profonde qu'ils présentent avec les contrats du Droit Civil. Autant ceux-ci sont rigides, immuables, fixés une fois pour toutes autant ceux-là sont souples, adaptables par leur nature même à la situation économique. Les uns sont fixés eu égard aux dispositions personnelles des contractants qui ne peuvent être censés contracter à des conditions même légèrement différentes ; les autres sont établis eu égard aux services publics à assurer, aux marchés à exécuter et ne peuvent souffrir de retards ou d'inexécutions. Le prix d'un contrat administratif sera nécessairement souple, variable, dans un sens comme dans un autre d'ailleurs et il est juste de faire varier en proportion de la matière imposable, les droits d'enregistrement. Il est logique d'admettre la possibilité des restitutions de ces droits.

C'est donc au vieux principe de la non-restitution qu'il convient de s'attaquer, s'il peut être encore défendu en matière civile, il ne peut plus l'être en matière de marchés ou de concessions dont les prix sont soumis au législateur ou au concédant. Il est inique de percevoir un droit de marché qui dépasse, eu égard au prix réel du marché, son taux légal de 1,50 %.

La réforme serait d'ailleurs d'autant plus facile à accueillir que les marchés administratifs sont suivis en quelque sorte par l'Administration de l'Enregistrement qui dispose de renseignements très importants à leur sujet et de son droit de communication, moyen qui en matière civile ne lui appartient pas avec la même efficacité.

CHAPITRE V.

Le bouleversement du contrat par le fait de la loi ou du décret

Si l'étude précédemment faite nous a permis d'examiner de plus près la nature juridique du droit de concession de services publics, ce dernier chapitre aura pour objet de montrer comment nos conclusions en faveur d'un droit personnel trouvent leur écho dans la vie pratique et la législation. En matière de concession d'électricité particulièrement, les tendances centralisatrices et autoritaires du législateur se font jour de plus en plus. Les concessions sont de moins en moins des délégations de pouvoir, comme on pouvait le dire autrefois, elles sont aujourd'hui de véritables services publics, où le « dirigisme » de l'Etat s'exerce avec davantage d'arbitraire chaque jour. Les gains des concessionnaires s'amenuisent même à la suite des mesures prises dans les lois et les décrets, quand elles ne conduisent pas les concessions au déficit. A une période de déflation caractérisée par la baisse des prix de vente aux usagers, a succédé une période de facilité, au cours de laquelle les entreprises concessionnaires ont vu encore diminuer leurs recettes nettes mais cette fois par l'aggravation de leurs charges. L'évolution semble maintenant ouverte vers un rééquilibrage progressif des entreprises concessionnaires, si elles ne sont pas reprises par les administrations locales ou les Pouvoirs Publics. Le concessionnaire deviendra ainsi un employé

intéressé de l'Administration, dont la rémunération aura été soigneusement réglementée. La notion de bénéfices et celle de développement industriel qui y est afférente, semble perdre du terrain, par l'importance des charges supportées par les concessionnaires.

Du point de vue qui nous intéresse particulièrement ici, celui de l'Enregistrement, le Cahier des Charges de la concession, nous semble être de moins en moins un contrat. M. Hugues qui défend l'idée contractuelle dans sa thèse (Essai sur la nature juridique des tarifs électriques, Montpellier 1936) soutient d'ailleurs plus une idée qui lui est chère qu'il ne suit la ligne de l'évolution. La concession deviendra-t-elle un acte réglementaire unilatéral selon les conceptions d'Otto Mayer et de Raneletti ? Il est certain qu'elle tend à le devenir dans l'état actuel de la législation française. L'Administration concédante signe certes le cahier des Charges avec le concessionnaire, mais elle ne le respecte pas en cours d'exécution. Les décrets lois Laval sur le régime de distribution d'électricité spécifient même que toute indemnité sera refusée au concessionnaire, après la baisse générale de 10 % édictée sur les prix de vente de l'électricité. En somme, le concédant ne paraît plus conférer des droits et une situation acquise au concessionnaire, il semble, par la volonté du législateur, prendre une décision administrative et réglementer l'exécution des services publics. C'est dire que la notion de contrat et l'enrichissement de la personne publique disparaît peu à peu, et que les droits d'Enregistrement perçus sur les concessions administratives de services publics perdent leur raison d'être.

Sans vouloir préjuger de l'avenir, et de l'évolution probable des concessions, nous croyons devoir mettre en lumière *certaines répercussions des droits d'enregistre-*

ment sur l'équilibre économique des concessions. Elles permettent d'envisager un assouplissement de la taxation rendu d'autant plus nécessaire que la vie des concessions est plus menacée.

Tout d'abord, le poids des droits d'enregistrement n'est pas négligeable pour le concessionnaire ; sans parler du droit proportionnel de marché qui grève les prix de revient du concessionnaire du fait qu'ils sont payés sur les prix de vente qui augmentent d'autant, l'Enregistrement frappe les baux consentis dans le cahier des charges, les redevances payées pour occupation du domaine public. Ces droits sont d'ailleurs payés pour leur plus grande part, lors de la signature du cahier des charges, et constituent une lourde charge pour la trésorerie des concessions. Les cessions de concessions sont lourdement taxées par le système analytique établi par la Cour de Cassation. L'incidence des droits payés retombe fatalement sur la marche du service public, et on ne peut oublier la tendance de la jurisprudence et de certains auteurs à asseoir le droit de marché moins sur le prix du marché que sur l'évaluation des avantages donnés au concessionnaire, en l'espèce son monopole. C'est une faute d'ordre psychologique de penser réduire par ce moyen le gain du concessionnaire.

En second lieu, la perception des droits d'enregistrement manque de souplesse et bien souvent n'épouse pas la réalité juridique ; la non-restitution des droits reste la règle et une diminution éventuelle du prix du marché ou de la concession n'entraîne pas (cf. chapitre 4 2^e partie) une adaptation de la taxation. En particulier, les décrets-lois pris lors de la déflation insuffisamment tentée en 1935 ont profondément modifié l'économie des concessions, et

appellent la restitution équitable de droits d'enregistrement trop perçus.

Des dispositions importantes l'exigent et trouvent pour les appuyer un argument de fait tiré de la situation considérablement amoindrie des concessionnaires.

1° *La révision des tarifs des marchés et cahiers des charges.* En fait de révision des tarifs, le décret fondamental du 17 janvier 1928 réglementant les cahiers des charges des concessions d'électricité, prévoit la fixation de tarifs maxima pour la vente du courant électrique. Ces tarifs sont eux-mêmes variables d'après le mouvement d'un index économique électrique qui représentait les fluctuations du prix de la main-d'œuvre et des houilles ; il était d'ailleurs fixé par le Ministre des travaux publics et c'est seulement lorsque les variations de cet index dépassaient 10 % que les tarifs maxima pouvaient changer, par l'intermédiaire des termes correctifs. Tel est donc là un premier aspect de fluctuation dans le prix du marché : par le jeu des *tarifs maxima* subissant les fluctuations économiques. Les fournitures ainsi faites à la ville ou aux départements concédants pourront l'être à des prix supérieurs ou inférieurs au tarif premier.

De même pareil fait se produit lorsqu'une révision intervient soit des tarifs maxima de base, soit des termes correctifs, dans les cas fixés par le décret de 1928. Par exemple le tarif maximum pourra être révisé soit par accord amiable, soit par fixation par une commission de révision, si le concessionnaire peut s'alimenter plus avantageusement au moyen d'une distribution nouvelle concédée par l'Etat ou d'une usine hydraulique ; de même encore, au cas où en cours de concession, de l'énergie électrique est mise à la disposition du concessionnaire par le concé-

dant à un ou plusieurs postes d'alimentation. Dans ces deux cas particuliers, la révision sera faite dans le sens d'une *diminution des tarifs* et provoquera un abaissement du prix du marché si, bien entendu, le cahier des charges n'a pas stipulé de prix de faveur et n'a pas imposé la gratuité des fournitures (cf. 1^{re} partie, chapitre 3).

Ainsi le système de 1928 avait déjà une répercussion sur le prix des marchés ; le défaut est facile à voir, d'une taxation par l'Enregistrement sur un tarif supérieur au tarif révisé. Le paiement des droits étant, selon les règles du Code de l'Enregistrement, préalable, effectif et intégral, il importe que le droit à la restitution soit largement ouvert. Le chapitre précédent a montré qu'il était loin d'en être ainsi.

Le décret loi du 16 juillet 1935 a assoupli encore la procédure de révision des tarifs, en permettant aux autorités concédantes d'opérer cette révision en dehors des cas limitativement énumérés par le décret de 1928, pour « mettre en harmonie », telle est l'expression de la loi, les tarifs avec la situation économique. La commission de taxation formule son avis et à défaut d'entente le conseil supérieur de l'Electricité dispose de pouvoirs arbitraux qu'il tient de la loi du 24 août 1935.

La question de la restitution se pose donc avec plus d'acuité encore ; la raison d'être des décrets de 1935 est un but de déflation non dissimulé qui a été recherché et le sera à nouveau lorsque les circonstances s'y prêteront. Y aura-t-il lieu de restituer des droits indûment perçus ? Ce serait justice mais il faut constater que la loi de 1912 ne le permet pas. Le fait juridique n'a pas été annulé ni résolu, mais changé par le fait du Prince, la charge extra contractuelle en quelque sorte s'en trouve augmentée d'autant, et

la limite de résistance de la concession à la conjoncture économique abaissée.

C'est là une conséquence généralement passée sous silence de l'intervention des pouvoirs publics et de la législation dans la matière des concessions, rendant plus difficile la situation des concessionnaires ; elle est un argument de plus en faveur de l'assouplissement des règles de l'Enregistrement.

2° La réduction de 10 % des prix de vente de l'électricité.

Cette réduction a été édictée d'office par le décret du 16 juillet 1935 qui ne s'est donc pas contenté d'apporter à la rémunération du concessionnaire une réduction indirecte dans le jeu de la révision des tarifs, mais les a abaissés directement de 10 %. La loi d'ailleurs a été plus loin et a fixé des prix limites eu égard à la population : ces prix-limites joueront après la baisse préalable des tarifs.

La situation du concessionnaire devient absolument précaire : non seulement dans le présent, la réduction de 10 % s'applique avec rigueur, mais dans le futur, les contrats signés seront exposés à des révisions constantes. Tant et si bien que le prix de vente du courant électrique pourra subir à la fois la baisse de 10 %, de nouveaux tarifs maxima, des termes correctifs plus faibles, et des prix-limites inférieurs.

3° L'atteinte aux situations contractuelles préexistantes.

Avant 1935 le contrat de concession pouvait être considéré comme formant la loi des parties ; depuis cette époque, le contrat a vu son équilibre rompu au profit d'une autorité supérieure qui, à tous moments, et quasi-discrétionnaire-

ment peut réviser les termes du contrat. Le contrat laisse la place à l'acte réglementaire.

L'atteinte aux situations contractuelles ne vient pas de là ; il est admis en droit administratif qu'à toute époque la personne publique peut intervenir dans un contrat administratif, à la différence d'un contrat de droit privé, où elle ne le pourrait pas. Seulement, le juge reconnaît au concessionnaire le droit d'obtenir une compensation. Bien avant la théorie de l'imprévision, mise sur pied pour parer aux changements profonds de la conjoncture économique, le Conseil d'Etat accordait une indemnité au concessionnaire qui avait souffert le fait du Prince. La raison ou l'opportunité de l'intervention publique ne pouvait être discutée, néanmoins, les dommages qui pouvaient en résulter étaient largement compensés.

Or l'article 17 du D. 16 juillet stipule « *qu'aucune indemnité ne pourra être réclamée par le concessionnaire, ni à l'Etat ni à l'autorité concédante* ». C'est l'atteinte la plus grave qui ait été jamais portée aux droits du concessionnaire. Nous n'en retiendrons que la conséquence qui est de rendre encore plus difficile la situation économique des concessionnaires et plus urgente la restitution des droits perçus en trop lors de l'enregistrement d'un contrat périmé et révisé par la volonté du législateur. Celui-ci non content de supprimer une partie du bénéfice, exige encore la perception de l'impôt sur des prestations qui, si elles étaient prévues à un prix fixé ont été abaissées par la volonté des pouvoirs publics.

La législation et la jurisprudence de l'après-guerre ont d'ailleurs modifié profondément le caractère contractuel rigide des cahiers des charges ; un exemple vient d'en être vu pour les concessions de distribution d'électri-

cité, dans lesquelles les dispositions du cahier des charges ont cessé purement et simplement d'être contractuelles. Pour les autres catégories de services publics, l'évolution a été sinon semblable, du moins parallèle avec peut-être un arbitraire moins net. Un décret-loi du 25 août 1937 (J. O. du 26 août) relatif à la révision des contrats de concessions ou d'affermage passés par les collectivités locales, donnent tant au concessionnaire qu'à la collectivité concédante des facilités de demander la révision du contrat, au cas où celle-ci n'aurait pas été prévue avec assez de souplesse par le Cahier des Charges. Une différence cependant existe avec la législation de l'électricité, en ce que le décret précité du 25 août 1937 envisage seulement le cas d'un déficit d'exploitation : les propositions de résiliation ou de révision sont adressées au Ministère de l'Intérieur, qui décide de la solution à adopter, sur l'avis d'une commission composée en majeure partie de fonctionnaires. Dans le même ordre d'idées, il convient de faire mention d'un décret-loi du 31 août 1937 relatif à la coordination des transports routiers et ferroviaires, qui donnent pouvoir au Ministère des Travaux Publics à partir du 1^{er} juillet 1938, et si les modifications reconnues nécessaires n'ont pas été décidées par les Conseils Généraux, de prendre toutes les mesures susceptibles d'assurer la marche normale des services de transports dans les départements et partant leur équilibre financier.

La tendance est donc à introduire de plus en plus de souplesse dans les contrats administratifs et les concessions de services publics en particulier. Cette souplesse doit être accompagnée d'une souplesse parallèle de la part de la législation et de l'Administration de l'Enregistrement, *sous peine de paraître désuète*, en appliquant à des contrats dont

les modalités d'exécution sont changeantes et peuvent d'ailleurs être facilement suivies par l'Enregistrement, une législation valable pour les contrats de droit privé ; *ou de paraître inique* si la perception de droits supplémentaires est exigée alors que la restitution n'a pratiquement jamais lieu.

Appendice

Les rapports des concessionnaires de distribution d'énergie électrique et des particuliers considérés du point de vue de l'Enregistrement.

Pour être moins nombreuses que celles soulevées par la taxation à l'enregistrement du Cahier des Charges et des actes subséquents relatifs à la concession elle-même, les difficultés soulevées par les rapports des concessionnaires d'énergie électrique avec les particuliers du point de vue de l'enregistrement des actes ou des mutations, sont de deux ordres principaux. Elles peuvent être relatives soit au caractère mobilier ou immobilier des installations et appareils électriques, soit au régime des polices d'abonnement concédées aux particuliers.

A. — Le régime juridique des Installations Electriques

Les appareils et installations électriques, en particulier les compteurs, peuvent appartenir en toute propriété aux consommateurs, ou leur être loués moyennant le paiement d'un loyer trimestriel par exemple. Dans ce dernier cas, le droit proportionnel de bail de 1 % est applicable, de même que le droit de mutation immobilière au cas de cession de concession si le caractère immobilier est reconnu aux installations et compteurs loués ou vendus. Ce ne semble pas à première vue être le cas.

Néanmoins, l'Administration a montré plusieurs fois le désir de considérer les compteurs comme des immeubles par destination, en s'appuyant sur le fait qu'ils sont destinés à être incorporés à l'immeuble et qu'ils ont un rapport de destination certain par rapport à celui-ci. En vérité, cette théorie n'est pas soutenable et il convient d'être mis en garde contre de telles prétentions. Trois arguments peuvent être objectés.

1. Un bien est immeuble par destination lorsqu'il est incorporé à un immeuble ; il ne possède jamais ce caractère avant son incorporation, puisqu'il n'est encore rattaché à rien ; il possède encore son « individualité » propre. Cela résulte de la définition même de l'immeuble par destination.

2. L'incorporation même est discutable, un compteur pouvant être très facilement enlevé ou placé. Il n'est pas établi d'ailleurs par la jurisprudence que les compteurs aient le caractère immobilier dans une vente de maison par exemple. Un compteur dépend des besoins de la consommation, il varie d'un consommateur à un autre.

3. Enfin, la pose du compteur est obligatoire pour le consommateur qui doit la subir s'il veut être éclairé à l'électricité. On ne concevrait pas que les compteurs aient le caractère d'immeuble par destination devant suivre le fonds ou la maison si le propriétaire lui-même ne les a placés.

Lorsque le concessionnaire se contente d'entretenir le compteur dont la propriété appartient aux usagers, il est d'usage qu'il perçoive à titre de frais d'entretien, une somme mensuelle fixée à l'avance. Cette somme paraît susceptible d'être taxée au droit de marché de 1,50 %, ou du moins la déclaration globale faite par le concessionnaire. Quant aux branchements et canalisations, ils sont la propriété des particuliers propriétaires des immeubles alimentés. Les frais

d'installation remboursés par les propriétaires ou abonnés seraient taxables du droit de marché, si le marché est constaté par un acte.

B. — *Le régime des polices d'abonnement concédées*

Ce régime fait l'objet d'une distinction : si la police d'abonnement ou le contrat de fourniture d'électricité est délivré *par une personne publique* exploitant en régie une distribution d'électricité, ou rétrocédant du courant, l'enregistrement est celui des actes administratifs ordinaires, sauf si le recouvrement des taxes se fait par rôle exécutoire. Le droit de marché sera perçu.

Si la police a été délivrée *par un concessionnaire*, l'acte est assimilé à un acte sous seings privés, alors que longtemps dans la concession d'eau, par exemple, il fut assimilé à un acte administratif. S'agira-t-il d'un droit de marché ou d'un droit de vente mobilière ? La discussion a été tranchée définitivement dans ce dernier sens par un jugement du Tribunal Civil de la Seine (9^e Chambre) en date du 24 juin 1935, (Cie Parisienne de Distribution d'Electricité c/ De Rochambeau. Gaz. Palais. 1935. p. 280). Le contrat de fourniture d'électricité apparaît comme une *vente mobilière* pour les motifs suivants :

« L'électricité est une marchandise susceptible de comptage, de mesurage, et scientifiquement aussi de pesage. En raison de sa nature propre, indépendante de la canalisation, elle est assujettie à des droits de douane, peut être l'objet d'un vol ou d'une vente.

Spécialement, la convention par laquelle une société s'oblige à fournir à un locataire dans un immeuble, l'éner-

gie électrique au compteur, moyennant le paiement par celui-ci des quantités de courant accusées par le compteur, n'est autre qu'une vente qui était parfaite par le consentement des parties sur les quantités de courant à fournir au compteur et le prix de l'unité ».

Ainsi les polices d'abonnement concédées sont passibles du droit de vente mobilière de 7 %. Il est aisé de voir l'importance d'une telle perception, et la charge qui en résulte, tant pour les usagers que pour les prix de vente et l'économie générale.

La différence entre le marché et la vente mobilière semble d'ailleurs difficile à établir du fait que l'obligation de fournir existe dans les deux contrats, ou même l'obligation de faire : le concessionnaire peut produire lui-même le courant. Elle paraît consister dans le fait que le marché donne lieu à l'exécution d'un service nécessitant la mise en service et le transport de main-d'œuvre tandis que la vente mobilière s'appliquant à toutes les fournitures livrées et ne nécessitant aucun travail de façonnage ou de mesurage à domicile, sous réserve du régime spécial des polices délivrées par une personne publique.

CONCLUSION

LE DROIT DE L'ENREGISTREMENT ET LE DROIT ADMINISTRATIF

Les impôts levés par l'Administration de l'Enregistrement ont été, dès leur apparition, et dans le cours de leur développement en liaison étroite avec le Droit. Leur nature même veut qu'ils soient en contact direct avec les faits juridiques qu'ils taxent. Aussi les droits d'enregistrement doivent-ils s'adapter, pour être supportables et équitables, à la matière imposable qu'ils frappent et en principe avec les règles du droit civil quant à la différenciation des actes juridiques et à la réalisation de ceux-ci. Par exemple, les théories civiles des modalités, des nullités trouveront leur écho dans l'Enregistrement avec des restrictions toutefois, qui sauvegardent la perception fiscale quand celle-ci risque d'être entravée par la fraude ou la trop grande habileté des parties. *Le Droit Civil* a un but en effet qui n'est pas celui de l'Enregistrement. Ses dispositions régissent au mieux les rapports des particuliers entre eux, alors que l'Enregistrement s'efforce de saisir le fait juridique existant en réalité, même si le Code Civil en donne une autre interprétation. Les individus peuvent en effet sans enfreindre les règles du Droit Civil choisir pour leur contrat des dénominations diverses et des cas nombreux se présentent où des contrats qui s'accordent avec le Code Civil et ne nuisent pas à la bonne harmonie des rapports entre particuliers, doivent, du point de vue de l'administration fiscale, décou-

vir leur véritable sens et être taxés en conséquence. Là où l'intérêt du Trésor entre en jeu, on serait tenté d'écrire que la règle civile passe au second plan. Si attaquée qu'elle soit en pratique cette constatation se justifie en partie, à la condition que l'Enregistrement n'aille pas à l'encontre de la règle juridique. Peu importe à celle-ci que tel contrat soit dénommé vente ou location s'il présente les caractères des deux actes ; mais l'Enregistrement aura intérêt à définir le caractère exact de l'acte. L'Administration fiscale a donc sa zone d'action propre, partout enserrée d'ailleurs par les principes du Droit Civil. En ce sens, elle ne fera que parfaire la règle juridique et apportera au droit qui régit les rapports entre particuliers une précision beaucoup plus grande en même temps qu'elle pourra en faire ressortir les imperfections

L'Enregistrement a été plus loin cependant et a dépassé de longtemps, puisque cela remonte sur certains points à la loi de Frimaire an VII, les limites du Droit Civil. Le Droit Fiscal s'en est écarté notamment pour construire une théorie propre des nullités et une théorie des modalités. Il pose également en principe à quelques exceptions près la non restitution des droits perçus lorsque l'effet des actes juridiques tombe par résiliation ou résolution.

Dans ce cas, l'Enregistrement nous paraît dépasser considérablement et injustement son cadre, qui reste le Droit Civil. *Il peut parfaire, mais non contredire* des principes certains et admis, surtout s'il n'a pour but que la satisfaction des intérêts pécuniaires du Trésor.

Il est entré en lutte également avec le Droit Administratif et nous en avons vu des exemples nombreux dans le cours de cette étude. La rencontre s'est produite de deux manières, selon que *l'Enregistrement appliquait des prin-*

cipes de Droit Civil au Droit Administratif, ou qu'il appliquait à des contrats complexes et modernes, d'essence particulière, des droits d'analogie, qui, normalement n'avaient pas été créés à cette intention. C'est d'une part, l'application du droit de bail aux redevances payées pour l'occupation du domaine public et l'appréciation « civile » de la cession de concession, d'autre part, l'application du droit de marché au prix de la concession, entendu au sens de rémunération globale et totale du concessionnaire.

Nous avons soutenu que l'occupation du domaine public correspond à l'essence même du contrat de concession et cette notion ne semble pas devoir être discutable du point de vue juridique et pratique. La conclusion qu'en aurait dû tirer l'Administration Fiscale eut été l'exemption de tous droits, l'occupation constituant une disposition dépendante de l'acte. De même, la cession de concession s'analysant principalement en une cession de droits incorporels mobiliers, doit être taxée au droit correspondant et ne paraît pas pouvoir être assimilée à une mutation mobilière ou de fonds de commerce. Enfin le droit de marché n'est établi par le Code de l'Enregistrement que pour frapper les fournitures et travaux ; c'est en faire une application abusive que de l'employer à la taxation du monopole qui est la rémunération du service public. Il est regrettable que la jurisprudence civile n'ait pu jusqu'à présent faire revenir l'administration fiscale de ses erreurs, quoiqu'elle ait fait de louables efforts.

Nous ne saurions en contre partie ignorer *les progrès* que la taxation des concessions par l'Enregistrement a fait faire à la théorie administrative. Non seulement, l'Enregistrement a permis, comme en Droit Civil, de préciser la nature des biens inclus dans une concession ou le caractère

de la cession de concession, mais elle a parfois indiqué le sens d'une évolution juridiquement heureuse, en exigeant par exemple la perception du droit de mutation sur les installations soumises à un droit de retour facultatif en fin de concession. La personnalité du droit du concessionnaire a été mise en valeur, et l'évolution jurisprudentielle actuelle a été soutenue. La notion du service public est devenue en effet si forte qu'elle ne permet plus de reconnaître au concessionnaire qu'un droit personnel sur la concession qui lui a été attribuée.

Les difficultés soulevées dans le cours de cette étude nous paraissent d'ailleurs venir moins d'une méconnaissance de la nature juridique de la concession de service public, *que d'un défaut d'adaptation du droit de marché*, et de la *trop grande rigidité de certains principes d'Enregistrement* qui ne correspondent pas au caractère des contrats administratifs, essentiellement souples et changeants. Peut-être aussi l'idée de justice, autant juridique que fiscale, a-t-elle été sacrifiée aux intérêts du Trésor et à la considération de la perception maxima.

Plus que jamais, l'adaptation de la règle de droit à l'évolution économique est indispensable, de même que la *saine hiérarchie des différentes règles juridiques entre elles*.

Si le statut juridique des concessions constitue aujourd'hui la meilleure garantie pour les « dépositaires » des services publics que sont les concessionnaires, en matière de concessions comme ailleurs, l'application de la règle de droit est la condition première de l'ordre.

Vu et permis d'imprimer :

Pour le Recteur : l'Inspecteur de l'Académie,

G. ROUSSY

Vu, Pour le Doyen, l'Assesseur :

G. RIPERT

Vu, le Président de Thèse :

HAMEL.

BIBLIOGRAPHIE

I. — TRAITÉS FONDAMENTAUX

- ALLIX et LECERCLÉ. — Les droits d'Enregistrement 1933.
- AUCOC. — Conférences sur le Droit Administratif.
- R. ALIBERT. — Le Contrôle Juridictionnel des Actes Administratifs.
- BÉQUET. — Répertoire Général des Droits d'Enregistrement.
- BATBIE. — Droit Public et Administratif.
- BERTHELÉMY. — Traité de Droit Administratif.
- CHAMPIONNIÈRE et RIGAULT. — Enregistrement 1851.
- DUBLINEAU. — Traité d'Enregistrement.
- DEMANTE. — Enregistrement 1897.
- GARNIER. — Répertoire périodique de l'Enregistrement.
— Répertoire général de l'Enregistrement.
- HAURIU. — Précis de Droit Administratif et de Droit Public.
- J. HAMEL. — Cours à la Faculté de Droit de Paris (Enregistrement).
- JÈZE. — Les Principes Généraux du Droit Administratif. Le fonctionnement des services publics.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux.
- MAGUERO. — Traité alphabétique de l'Enregistrement.
- NAQUET. — 1899, Traité théorique et pratique des droits d'Enregistrement.
- PILON. — Principes et technique des droits de l'Enregistrement.
- ROMIEU. — Cours « La vie économique et les services publics » à l'Ecole des Sciences politiques.

II. — THÈSES

- J. ALIBERT. — Obligations et responsabilités des distributeurs d'énergie électrique (Paris, 1937).
- DE BARRAL. — Alimentation en eau potable (Paris, 1914).
- BOITTET. — Nature juridique des concessions d'eau en matière d'alimentation (Paris, 1901).
- J. CARAYON. — La cession des concessions et des permissions (thèse, Paris, 1934).
- CHAPUIS. — Adduction d'eau potable dans l'intérêt des communes (thèse, Paris, 1914).
- GUILLOUARD. — Notion juridique des autorisations de concession administrative (thèse, Caen, 1903).
- HUGUES. — Essai sur la nature juridique des tarifs électriques (thèse, Montpellier, 1936).
- MARANGER. — Les transports d'énergie électrique et la propriété privée (Paris, 1929).
- PILON E. — Eaux, monopoles communaux (thèse, Caen, 1898).
- PINSET. — Des procédés juridiques de distribution d'eau (thèse, Paris, 1931).
- PALAU. — Eaux potables (Paris, 1911).
- POLACK. — Du rôle respectif de la concession ou de la permission de voirie (Paris, 1919).
- SÉGUR. — Les permissions de voirie (thèse, Bordeaux, 1912).
- TROTABAS. — De l'utilisation du domaine public par les particuliers (Paris, 1924).
- REGRAY. — Des faits de jouissance dont le domaine public est susceptible (Paris, 1900).
- L. RIGAUD. — Les droits réels administratifs (Toulouse 1914).

III. — *OUVRAGES DIVERS*

AULAGNON. — Situation juridique des usagers d'électricité.

BOUGAULT. — Le cahier des charges de la concession.

PH. COMTE. — Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public, 1935.

JOLLY. — Régime légal des distributions d'électricité.

Juris-Classeurs de l'Enregistrement.

MESTRE et L'HUILLIER. — L'abaissement des prix de l'énergie électrique (cahiers administratifs Sirey).

Ministère des Finances. — Les droits d'Enregistrement 1933.

Dictionnaire des impôts perçus par l'Administration de l'Enregistrement (l'indicateur de l'Enregistrement)
Code Civil annoté de Fuzier-Herman et Demogue.

IV. — *REVUES*

Revue des Concessions Départementales et Communales.

Bulletin du Syndicat des concessions d'électricité.

Revue Générale d'Electricité.

Journal de l'Enregistrement et des Domaines.

Revue de l'Enregistrement.

Revue Générale d'Administration.

Revue de Droit Public.

Notes et arrêts aux recueils de jurisprudence Sirey et
Dalloz.

Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

LE CONTRAT DE CONCESSION ET LES DROITS PERÇUS SUR L'ACTE

TITRE I

L'APPLICATION DU DROIT DE MARCHÉ

CHAPITRE I. ^{er} — <i>Le droit de marché en général et son application aux concessions</i>	19
Section 1. — <i>La matière imposable</i>	19
Section 2. — <i>Le fait générateur</i>	25
Section 3. — <i>Le tarif</i>	27
Section 4. — <i>Assiette</i>	28
Section 5. — <i>Liquidation et prescription</i>	32
CHAPITRE II. — <i>Cas particuliers rencontrés dans les marchés</i>	35
Section 1. — <i>Matériaux remis à l'entrepreneur</i>	35
Section 2. — <i>Charges augmentatives de travaux et fournitures</i>	41
Section 3. — <i>Fournitures indéterminées dans le contrat. — De la théorie de la condition</i>	46
Section 4. — <i>De la perception du Droit de marché au cas de retour facultatif des installations à la collectivité concédante</i>	53
Section 5. — <i>Cas où des terrains sont à acheter et rentrent dans le prix fixé du marché de la concession</i>	64
Section 6. — <i>Les subventions</i>	68
CHAPITRE III. — <i>L'évaluation des fournitures gratuites ou à un prix de faveur</i>	71
CHAPITRE IV. — <i>Essai de définition du prix du marché dans le contrat de concession</i>	79
Section 1. — <i>De la difficulté de saisir par l'application du droit de marché le montant des obligations du concessionnaire</i>	79

<i>Section 2. — Indivisibilité du contrat de concession.....</i>	80
<i>Section 3. — La notion de « prix de la concession » sup- plante celle du prix de marché (tentative de la Juris- prudence)</i>	81
<i>Section 4. — L'établissement du prix du marché dans le contrat de concession</i>	84

TITRE II

LA PERCEPTION D'AUTRES DROITS D'ENREGISTREMENT A L'OCCASION DU CONTRAT DE CONCESSION

<i>La théorie des dispositions dépendantes et indépendantes.....</i>	91
<i>CHAPITRE I. — Des clauses indépendantes contenues dans la con- cession de service public.....</i>	99
<i>Section 1. — Droit de cautionnement.....</i>	99
<i>Section 2. — Droit de mutation immobilière.....</i>	101
<i>Section 3. — Droit de bail.....</i>	103
<i>CHAPITRE II. — Les redevances pour occupation du domaine public</i>	111
<i>Section 1. — Régime de ces redevances.....</i>	112
<i>Section 2. — Nature juridique.....</i>	114
<i>Section 3. — Comment l'occupation du domaine public paraît être dépendante du contrat de concession de service public</i>	122
<i>1) Les positions des auteurs.....</i>	123
<i>2) L'application à l'enregistreur.....</i>	131

DEUXIEME PARTIE

LES MODIFICATIONS APPORTÉES A L'ÉCONOMIE DU CONTRAT.. EN COURS DE CONCESSION

<i>CHAPITRE I. — Les actes de complément.....</i>	135
<i>Section 1. — Compléments et avenants.....</i>	135
<i>Section 2. — Les prorogations de concessions.....</i>	137
<i>Section 3. — Les substitutions d'immeubles.....</i>	137
<i>CHAPITRE II. — Le changement de concessionnaire.....</i>	141
<i>Section 1. — Nouvelles concessions après déchéance.....</i>	141
<i>Section 2. — Les cessions de concessions.....</i>	143
<i>§ 1 Régime fiscal des cessions de marché.....</i>	143
<i>§ 2 Régime fiscal des cessions de concessions.....</i>	144

APPENDICE — <i>La question de la détermination des immeubles et des meubles de la concession</i>	160
CHAPITRE III. — <i>Le rachat anticipé</i>	167
CHAPITRE IV. — <i>Le prix réel du marché de l'enregistrement</i>	173
<i>Section 1. — Prix définitif supérieur aux prévisions</i>	175
<i>Section 2. — Prix définitif inférieur aux prévisions</i>	177
1) <i>Principe de la non-restitution des droits</i>	177
2) <i>Application au contrat de concession</i>	178
3) <i>Critique</i>	180
CHAPITRE V. — <i>Le bouleversement du contrat par le fait de la loi ou du décret</i>	183
APPENDICE — <i>Les rapports des concessionnaires de distribution d'énergie électrique et des particuliers considérés du point de vue de l'Enregistrement</i>	192
A. — <i>Le régime des installations électriques</i>	192
B. — <i>Le régime des polices d'abonnement</i>	194
CONCLUSION <i>L'Enregistrement et le Droit Administratif</i>	197
BIBLIOGRAPHIE	201
TABLE DES MATIÈRES.....	205

